Zur Lehre
vom
Formmangel und seiner Heilung

Rechtsvergleichende Untersuchungen
aus dem Gebiete des deutschen, französischen,
österreichischen und schweizerischen Obligationen-,
Gesellschafts- und Eherechts

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
der
Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
München

vorgelegt von

Hans Walter Sommer
Referendar in München

Universitätsverlag von Robert Noske in Borna-Leipzig
1927

Von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München unter dem Dekanate des Herrn Geh.-Rates Professor Dr. Wilh. Kisch am 1. August 1926 angenommen

Referent: Professor Dr. Karl Neumeyer
Korreferent: Professor Dr. Wilh. Silberschmid

BIBLIOTHEEK RIJKS UNIV. LEIDEN

Meinen Eltern

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548312_0067

Inhaltsübersicht.

Seite

Erster Teil.
Theorie der normativ-funktionellen Bedeutung der Form.

I. Abschnitt.
Die normative Funktion der Form im allgemeinen.
§ 1. Grundlegendes 1

II. Abschnitt.
Die einzelnen Typen normativer Formfunktion, nachgewiesen in bestimmten Rechtssystemen.
§ 2. Typus A: Die Form als Existenzbedingung 9
§ 3. Typus B: Formmangel als existenzbedrohender Umstand 15
§ 4. Typus C: Die Form als Klagbarkeitsbedingung 22

Zweiter Teil.
Heilungserscheinungen bei Formmängeln obligatorischer Rechtsgeschäfte
§ 1. Terminologisches 23

I. Abschnitt.
Die Innominatrealkontrakte des deutschen Privatrechts.
§ 2. Die einzelnen Fälle 25

1. Kapitel.
Rechtliche Natur.
§ 3. Realkontraktion 27
§ 4. Ältere Theorien 41

2. Kapitel.
Praktische Folgerungen.
§ 5. Zeitpunkt des Gültigwerdens; Rückwirkung; die Rechtslage zwischen Auflassung und Eintragung insbesondere 50
§ 6. Gültigkeit, Anfechtbarkeit und Rechtswirksamkeit des Vertrages 56
§ 7. Identität der Parteien und des Objekts 59
§ 8. Freiwilligkeit und Gültigkeit der realen Leistung 65

3. Kapitel.
Analogieausdehnung des Heilungsgedankens?
§ 9. Realkontraktionsprinzip? 69

II. Abschnitt.
Die Heilungserscheinung des Art. 1340 C. civ.
§ 10. Rechtliche Natur 73
§ 11. Rechtliche Folgerungen 77
§ 12. Analogieausdehnung des Art. 1340 C. civ. 79

Seite

III. Abschnitt.

Heilungserscheinungen bei formell mangelhaften Verpflichtungsgeschäften im österreichischen Privatrecht.

§ 13. Die naturalis obligatio des § 1432 a. BGB. 80

IV. Abschnitt.

Heilungserscheinungen bei formell mangelhaft errichteten Gesellschaften des Handelsrechts.

§ 14. Die Konvaleszenzerscheinung des § 87 österr. GmbH.G 83
§ 15. Formheilungsmöglichkeiten nach deutschem Gesellschaftsrecht . . 84

Dritter Teil.

Heilungserscheinungen bei Formmängeln der Eheschließung.

Die Konvaleszenzerscheinung des § 1324 Abs. 2 BGB.

§ 1. Rechtliche Natur 93
§ 2. Das zehnjährige eheliche Zusammenleben, seine Dauer und sein Verhältnis zur Eintragung ins Heiratsregister 94
§ 3. „Rückwirkung“ 98
Schlußbemerkung 99

Literaturverzeichnis.

Aubry et Rau, Cours de Droit Civil Français d'après la Méthode de Zachariae. 5. Aufl. Paris 1916.

Baudry-Lacantinerie, Traité Théorique et Pratique de Droit Civil. 3. Aufl. Paris 1905—1908.

Baer, Friedrich, Die Auflassung auf Grund eines formlosen Kaufvertrages. Erlanger Diss. 1907.

Becker, Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht. Bern 1917.

Bett, Stanislaus, Formfragen bei Grundstücksveräußerungen (§ 313 BGB.). Jenaer Diss. 1911.

Bonnecase, Supplément zu: Traité Théorique et Pratique de Droit Civil par G. Baudry-Lacantinerie. Paris 1926.

Brodmann, Erich, Gewerbe- und Industrie-Kommentar Bd. 1: Gesetz, betreffend die Gesellschaften m. b. H. Berlin und Leipzig 1924.

Bufnoir, C., Propriété et Contrat. 2. Aufl. Paris 1924.

Capitant, Introduction à l'étude de Droit Civil. 4. Aufl. Paris.

Colin, A., et Capitant, H., Cours Elementaire de Droit Civil Français. 3. Aufl. Paris 1922.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 2. Aufl. Jena 1900; 6. Aufl. Jena 1913; 7./8. Aufl. Jena 1924. (zit.: Cosack).

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 10./11. Aufl. Stuttgart 1923. (zit.: Cosack, Handelsrecht.)

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen 1902 u. f. J.

Crüger, Das Reichsgesetz, betr. die Gesellschaften m. b. H. 5. Aufl. von Parisius-Crüger, Berlin 1911. 6. Aufl. von Crüger-Crecelius, Berlin 1922.

Daimer, Schwarzvertrag und dessen Folgen. BayNotV. 1926 S. 68 u. 109.

Daloz, Repertoire Pratique de Législation, de Doctrine et de Jurisprudence. Paris 1920.

Dernburg, Das bürgerliche Recht. 3. Aufl. Halle a. S. 1901 u. f. J. (zit.: Dernburg.)

Dernburg, System des römischen Rechts. 8. Aufl. von P. Sokolowsky. Berlin 1912.

Dernburg, Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung eines Gatten. In Festschrift für den 26. Deutschen Juristentag. Berlin (Guttentag) 1902.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. 2. Aufl. Mannheim und Leipzig 1910.

Ebbecke, Formvorschriften. „Recht" 1911 S. 633 ff.

Ehrenreich, Österreichische Gesetzeskunde. Wien 1911.

Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. 6. Aufl. Wien 1924/25.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 6. Aufl. Berlin 1899/1900; 8./9. Aufl. Berlin 1903/08.
Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 4./5. Aufl. Marburg 1912.
Fick-Morlot, Das schweizerische Obligationenrecht. Zürich 1911/15.
v. Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. 2: Sachenrecht. München und Leipzig 1905.
Glaß-Scheidt, Kommentar zur Verordnung über das Erbbaurecht. 1919.
Griolet-Vergé-Bourdeaux, Code Civil annoté d'après la Doctrine et la Jurisprudence. 25. Aufl. 1925.
Gröhn, Karl, Das österreichische Gesetz über Gesellschaften m. b. H. (1906). Erlanger Diss. 1910.
Gutbrot, Der obligatorische Grundstücksveräußerungsvertrag (BGB. § 313). Tübinger Diss. 1904.
Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Vorträge. 2. Aufl. Mannheim 1900.
Hasenöhrl, Das österreichische Obligationenrecht. 2. Aufl. Wien 1892.
Hellwig, Conrad, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig 1901.
Henle, Nicht-Ehe. Stuttgart 1915.
Hummel, Die Konvaleszenz und Evaneszenz der Rechtsgeschäfte. Leipziger Diss. 1903.
Kipp-Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.
Kisch, Unwirksame Urteile. L. Z. 1923 S. 625 ff.
Klein, Peter, Zu BGB. § 1324 Abs. 2. Bl. f. RA. 76 S. 380 ff.
Kracht, Über die Tragweite des § 313 BGB. Rostocker Diss. 1902.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. Berlin 1897 ff.
Laurent, F., Principes de Droit Civil. 3. Aufl. Brüssel und Paris 1878.
Liebmann, J., Kommentar zum Gesetz, betreffend die Gesellschaften m. b. H. 6. Aufl. Berlin 1921.
Lindemann-Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 2. Aufl. 1923.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. 1910.
Makower, H., Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 13. Aufl. Berlin 1906.
Merkl, A., Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Wiener Staatswissenschaftl. Studien Bd. 15 Heft 2. Leipzig und Wien 1923.
Merzbacher, Das Gesetz, betreffend die Gesellschaften m. b. H. 6. Aufl. München.
Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins. (zit.: BayNotV.)
Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht. Tübingen 1921.
Oberlandesgerichte, Rechtsprechung der. (zit.: OLG.)
Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht. 4. Aufl. Berlin 1909.
Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. 3./4. Aufl. Berlin.
Oertmann, Heilung der Formungültigkeit nach § 313 Satz 2 BGB. ZblFG. 1916 S. 589 ff.
Oertmann, Natürliche Verbindlichkeiten im BGB. Allg. Österr. Gerichts-Zeitung 1902 Nr. 23.
Oser, Kommentar zum Schweizerischen Civilgesetzbuch. Bd. 5: Das Obligationenrecht. Zürich 1915.

Pfeifer, Die Konvaleszenz unwirksamer Rechtsgeschäfte. Erlanger Diss. 1910.
Planiol, Traité Elementaire de Droit Civil. 9. Aufl. Paris 1922.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 4. Aufl., herausgegeben von E. Strohal. Berlin 1913.
Regelsberger, Gesetz und Rechtsanwendung. Jherings Jahrb. 58 S. 171.
Reichel, Zur Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte. (§ 125 BGB.) ArchZivPrax. 104 S. 1 ff.
Reichsgerichtsräte, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 5. Aufl. Berlin und Leipzig 1923. (zit.: K.RGR.)
Reichsgerichts in Zivilsachen, Entscheidungen des. (zit.: RG.)
Rennefahrt, Schweizerisches Obligationenrecht. Zürich 1919.
Rießer, Die Rechtsfolgen einer Verletzung der Vorschriften des § 182 Abs. 1 HGB. L. Z. 1909 S. 337/38.
Riezler, E., Rechtswirkungen der bigamischen Ehe. Jherings Jahrb. 66 S. 400 ff.
Ritter, Karl, Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts. Berlin 1910.
Salkowski, Karl, Institutionen. Grundzüge des Systems und der Geschichte des römischen Privatrechts. 9. Aufl. Leipzig 1907.
Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des k. k. Obersten Gerichtshofes. Wien.
Sartorius, Carl, Kommentar zum Personenstandsgesetz. München 1902.
Savigny, System des heutigen römischen Rechts. Bd. 4. 1841.
Sauer, K., Das deutsche Eheschließungs- und Ehescheidungsrecht. München und Berlin 1909.
v. Schey, Das allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für das Kaisertum Österreich. 20. Aufl. Wien 1920.
Schloßmann, Über den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sogenannten Realkontrakte. Jherings Jahrb. 45 S. 1 ff.
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung. Nürnberg. (zit.: Bl. f. RA.)
Sirey, Les Codes Annotées. Code Civil 5. Aufl. Paris 1911.
Skerly, Milan, Das Gesetz vom 6. März 1906 über Gesellschaften m. b. H. 2. Aufl. Wien 1909.
Sohm, R. — Mitteis, L., Institutionen. Geschichte und System des Römischen Privatrechts. 17. Aufl., herausg. von L. Wenger. München und Leipzig 1923.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 10. Aufl. Berlin und Leipzig 1920.
Staub, Friedrich, Der formlose Grundstücksveräußerungsvertrag und seine Heilung. Würzburger Diss. 1913.
Staub-Hachenburg, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften m. b. H. 4. Aufl. Berlin 1913.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze. 2. Aufl. 1905; 7./8. Aufl. 1912; 9. Aufl. 1926.
Stubenrauch, Kommentar zum österreichischen allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuche. 8. Aufl. Wien 1902.
Thiesing, Die Wirkungen nichtiger Ehen. München 1907.
Tochtermann, Der § 313 BGB. Rostocker Diss. 1902.
v. d. Trenck, Die naturalis obligatio im BGB. Königsberger Diss. 1905.

v. Tuhr, Andreas, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. München und Leipzig 1910/18.
v. Tuhr, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts. 1. Halbband. Tübingen 1924. (zit.: v. Tuhr, OR.)
Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht. 3. Aufl. Paderborn 1906.
Ubbelohde, Klaglose Schuldverhältnisse im BGB. Jherings Jahrb. 38 S. 216 ff.
Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen. A. Zivil-, Handels- und Prozeßrecht. (zit.: WarnJ.)
Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen: Ergänzungsband, enthaltend die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts. (zit.: WarnR.)
Warneyer-Koppe, Das Reichsgesetz betreffend die Gesellschaften m. b. H. Berlin 1924.
Zachariae-Crome, Handbuch des Französischen Civilrechts. 8. Aufl. Freiburg i. B. 1895.
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, herausg. von Th. v. d. Pfordten. (zit.: Bay. Z. f. R.)
Zentral-Blatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat, herausg. von Lobe. (zit.: ZblFG.)

Sämtliche zitierte Rechtsquellen sind, soweit sich nicht aus dem Zitat selbst oder aus dem Zusammenhang ein anderes ergibt, deutsches Recht.

Erster Teil.

Theorie der normativ-funktionellen Bedeutung der Form.

I. Abschnitt.

Die normative Funktion der Form im allgemeinen.

§ 1.

Grundlegendes.

Im Rechtsleben jugendlicher Kulturen mehr noch als in dem späterer Perioden spielt die Form, in der sich gewisse Rechtsgeschäfte abzuwickeln haben, eine hervorragende Rolle[1]). Mit einem den Ansprüchen eines gesteigerten Verkehrs und Wirtschaftslebens nachgebenden Sichabschleifen der Feierlichkeit der Form geht ein zunehmendes, immer klareres Sichbewußtwerden ihrer normativ-funktionellen Bedeutung Hand in Hand. Die bewußte abstrakte Formulierung dieser Funktion in Gestalt eines generellen Rechtssatzes jedoch, zumal aber die Schaffung eines besonderen Rechtsinstitutes wie etwa der Formnichtigkeit sind geistige Schöpfungen erst des modernen Rechtes.

Hinsichtlich dieser normativen Funktion läßt sich, von Spielarten und kasuistischen Einzelbestimmungen abgesehen, die verschiedenartige normative Ausgestaltung gesetzlicher Formerfordernisse auf vier Grundtypen zurückführen:

Typus A[2]): Die Form ist bedingendes Erfordernis für die rechtliche Existenz des Geschäftes. Bei Nichteinhaltung der Form versagt die Rechtsordnung dem Geschäft als solchem jegliche Anerkennung, die gewollten Rechtswirkungen, d. h. diejenigen, die das Geschäft seiner Natur und seinem Inhalte nach hervorbringen sollte, bleiben ipso jure

[1]) Vgl. mancipatio, nexum, sala, festucatio u. a.

[2]) Wir vermeiden es absichtlich, für die einzelnen Typen schon hier Begriffe wie Nichtigkeit, nullité, Anfechtbarkeit usw. einzuführen, da letztere erst später bei Subsumtion unter eine der hier vorgetragenen Kategorien auf ihren rechtsbegrifflichen Gehalt untersucht werden sollen.

aus. Es besteht nur ein rein faktisches Geschehnis, das, lediglich als Rechtshandlung beurteilt, die Möglichkeit rechtlicher Relevanz in sich trägt.

Typus B: Die Form ist bedingendes Erfordernis für die mangelfreie rechtliche Existenz des Geschäftes in der Weise, daß es erst eines besonderen Willensaktes bedarf, um die trotz Nichtbeobachtung der gesetzlichen Form gegebene rechtliche Existenz des Geschäfts zu vernichten. Die Außerachtlassung der Form hat also zur Folge, daß das formlos oder formwidrig getätigte Geschäft zwar besteht, aber mit dem Rechtsmangel meist rückwirkender Vernichtbarkeit behaftet ist.

Typus C: Die Form ist so gemeint, daß ohne ihre Einhaltung aus dem Geschäft zwar nichts gefordert werden kann, daß aber die freiwillig vollzogene Leistung, ohne als Schenkung zu erscheinen, gültig ist und bleibt, ihres Rechtsgrundes nicht entbehrt und daher nicht zurückgefordert werden kann (natürliche Verpflichtung).

Typus D: Die Form dient lediglich der Beweisbarkeit des Geschäftes.

Die im vorigen verwendeten Begriffe: rechtliche Existenz, Rechtshandlung, Rechtsgeschäft, natürliche Verpflichtung erfordern einige grundlegende Erörterungen. Zu diesem Zweck ist es notwendig, auf das Wesen des Rechtsprechens näher einzugehen. Rechtsprechung vollzieht sich in der Subsumtion einzelner, konkreter Tatbestände (Ereignisse) unter feste, abstrakt formulierte rechtliche Tatbestandsfiguren. Die letzteren bezeichnen wir als bedingenden Tatbestand des als hypothetisches Urteil sich darstellenden Rechtssatzes. Gegenstand des Rechtsprechens sind somit einzelne historische Fakta einer realen Sphäre, genannt „Welt der Tatsachen". Es stehen sich gegenüber Welt der Tatsachen und Rechtssphäre, d. h. Ebene der in Systemzusammenhang sich aufbauenden Rechtsordnung.

Unter den die Rechtsfolge bedingenden Tatbeständen stehen menschliche Handlungen in erster Reihe. Die moderne Dogmatik[3]) teilt sie in Rechtshandlungen und Rechtsgeschäfte ein und versteht unter Rechtshandlungen solche Akte, an welche die Rechtsordnung ohne Rücksicht darauf, ob diese Wirkungen von dem Handelnden gewollt sind, Rechtswirkungen anknüpft. Ihnen gegenüber stellt sie die Rechtsgeschäfte, in deren Tatbestand als unentbehrliches, aber häufig nicht einziges Element eine Willenserklärung erscheint. Als Tatbestand des Rechtsgeschäfts muß vielmehr „der die Rechtswirkungen begründende Tat-

[3]) Im Gegensatz zu den römischen Quellen, denen der Begriff des Rechtsgeschäfts ebenso fremd ist wie ein allgemeiner die rechtliche Fehlerhaftigkeit eines Geschäfts generell bezeichnender Ausdruck.

bestand in seiner Gesamtheit“[4]) bezeichnet werden, ein Komplex von Bedingungen also, der außer der Willenserklärung je nach den Anforderungen der einzelnen Norm noch weitere rechtsbedingende Elemente („Erfordernisse“) wie Geschäftsfähigkeit, Form usw. enthält. Der Grund, warum wir uns hiermit der Lehre anschließen, welche den Begriff des Rechtsgeschäfts so bestimmt, daß seine Definition die der rechtlichen Geltung ermangelnden Geschäfte nicht mit umfaßt, liegt darin, daß wir rechtliche Geltung und rechtliche Existenz identifizieren und ein Bestehen von Rechtsgeschäften ohne rechtliche Existenz für eine contradictio in adiecto halten. Immerhin müssen wir Thiesing[5]) zugestehen, daß es sich bei dem Ausdruck „nichtige Rechtsgeschäfte“ um einen Sprachgebrauch handelt, der seiner Bequemlichkeit halber nur schwer entbehrlich sein dürfte und gegen den auch nichts einzuwenden ist, sofern man sich bewußt bleibt, daß ein Geschäft in demselben Augenblick, in dem es von der Rechtsordnung negiert wird, aufhört, Rechtsgeschäft im wahren Sinn des Wortes zu sein; denn seine eigentliche Natur besteht gerade im Erzeugen rechtlicher Wirkungen, und bleiben ihm diese versagt, so ist auch sein innerstes Wesen zerstört, das Geschäft aus der Sphäre des Rechts eliminiert und nur noch geschichtliches Faktum[6]).

Rechtliche Existenz. Die Existenz eines Dinges der Tatsachenwelt kann entsprechend dem Grundsatze von Ursache und Wirkung nur daran erkannt werden, daß dieses Ding Wirkungen ausübt. Eine Möglichkeit, sein Dasein anders als durch Rückschluß aus diesen Wirkungen festzustellen, besteht für menschliches Erkenntnisvermögen nicht. Wenngleich nun die Rechtssphäre nicht vom Kausalitätsprinzip, sondern von den normativen Zusammenhängen von Rechtsgrund und Rechtsfolge beherrscht wird, so trifft doch auch hier der Satz zu, daß die rechtliche „Existenz“ eines beliebigen konkreten Tatbestandes nur daraus erkannt werden kann, daß dieser Tatbestand rechtliche Folgen hat. An sich könnte man daher ebenso wie von der rechtlichen Existenz eines Rechtsgeschäftes von der einer Rechtshandlung sprechen, sofern eben auch die Rechtshandlung rechtliche Folgen nach sich zieht, also irgendwie rechtlich bestehen muß. Der bestehende Sprachgebrauch verwendet den Ausdruck „rechtliche Existenz“ jedoch nur bei Rechts-

---

[4]) Cosack 2. Aufl. I, 292 ff.; ebenso bezüglich des schweizerischen Privatrechts v. Tuhr § 20 VI S. 127 ff.; Oser Bem. III zu Art. 11.

[5]) Die Wirkungen nichtiger Ehen § 1 S. 5.

[6]) Der Vergleich mit einem toten Organismus, der kein solcher mehr ist, da sein wahres Wesen im Lebendigsein besteht, liegt nahe; auch Bonnecase, Traité, Suppl. III, 126 Nr. 77 bezeichnet den acte juridique als „un veritable organisme“.

geschäften, und zwar zur Bezeichnung des Umstandes, daß das getätigte Geschäft von der Rechtsordnung für fähig erklärt wird, die mit ihm erstrebten Rechtswirkungen hervorzubringen. Der Begriff der rechtlichen Existenz fällt somit mit dem der Rechtsgültigkeit und Rechtswirksamkeit zusammen. Dabei kann es für die Frage, ob das Geschäft rechtlich besteht oder nicht, schlechterdings nicht von Bedeutung sein, ob das Geschäft sämtliche oder nur einzelne der gewollten Rechtswirkungen hervorzubringen für geeignet erklärt wird; denn auch im letzteren Falle muß das Geschäft rechtlichen Bestand haben. Nichtbestehendes kann logischerweise auch keine Wirkungen erzeugen.

Nach dem Gesagten muß auch die naturalis obligatio als etwas rechtlich Bestehendes bezeichnet werden[7]). Es wäre irrig, aus ihrem bloßen Namen auf das Gegenteil schließen zu wollen. Die natürliche Verpflichtung hat so gut wie jede andere rechtlich anerkannte Verbindlichkeit eine rechtliche Existenz, denn auch sie bringt zum mindesten eine der gewollten Rechtswirkungen hervor: Sie ist rechtlich erfüllbar in dem Sinne, daß sie als vollgültige causa einer zu ihrer Erfüllung vorgenommenen tatsächlichen Leistung von der Rechtsordnung anerkannt wird[8]). Als rechtlich bestehend muß daher ein der gesetzlichen Form ermangelndes Rechtsgeschäft auch in dem Falle bezeichnet werden, wo die Form eine als Typus C charakterisierte normative Bedeutung hat. Im übrigen erscheint die Form als konstitutives, d. h. die rechtliche Existenz des Geschäfts bedingendes Element lediglich bei Typus A. Doch ist sie für den rechtlichen Bestand des Geschäfts auch bei Typus B insofern von Bedeutung, als aus ihrer Nichtbeobachtung hier bestimmten Personen das Recht erwächst, durch einen von ihnen ausgehenden Willensakt die (vorläufige) rechtliche Existenz des Geschäfts zu vernichten.

Bereits aus dem bisher Gesagten ergibt sich, daß auch das mangels Einhaltung der gesetzlichen Form rechtlich nicht existente Geschäft (Typus A) weder ein faktisches noch auch, wie man bisweilen[9]) lesen kann, ein rechtliches Nichts ist. Die Tatsache, daß das Geschäft tatsächlich getätigt und von den Parteien in den Rechtsverkehr gestellt worden ist, gibt ihm eine Bedeutung, der in gewissem Umfang auch die Rechtsordnung huldigt[10]). Abgesehen von Heilungserscheinungen, welche dieser Diskrepanz zwischen der Welt der Tatsachen einerseits, in der das formell mangelhafte Geschäft als ein durch nichts zu elimi-

[7]) Ebenso bereits Zachariae II, 414 § 339 („bürgerlich gültig").
[8]) Daß ihr Name trotzdem mit Rücksicht auf das ihr fehlende Zwangsmoment zutreffend gewählt ist, kann hier nicht näher erörtert werden.
[9]) z. B. Thiesing § 1 S. 4.
[10]) Dernburg 3. Aufl. I, 390.

nierendes historisches Faktum besteht, und der Sphäre des Rechts, wo das Geschäft in dem gewollten Sinne hartnäckig negiert wird, Rechnung tragen sollen, ist das Geschäft doch auch als Rechtshandlung (z. B. als zivil- oder strafrechtliches Delikt) beurteilt, fähig, Ausstrahlungen in die Sphäre des Rechts zu entsenden, d. h. es kann eben kraft Gesetzes andere als die gewollten Rechtswirkungen erzeugen und daher nicht schlechtweg als ein rechtliches Nichts bezeichnet werden. Immerhin ist mit dieser Feststellung nur gesagt, daß der im Einzelfall gegebene Tatbestand möglicherweise auch einer anderen Rechtsnorm subsumiert werden kann als der, welche die Parteien im Auge gehabt haben mögen. Der Vergleich mit einer Totgeburt[11]), den man häufig gebraucht und den Dernburg (a.a.O.) ablehnt, ist daher durchaus zutreffend; als Faktum, das möglicherweise als Rechtshandlung von rechtlicher Bedeutung sein kann, ist auch das wegen Formmangels rechtlich nicht anerkannte Geschäft mehr als ein rechtliches Nichts; es fehlt ihm jedoch die zur Hervorbringung der gewollten Rechtswirkungen erforderliche, dem animalischen Leben in ihrer Funktion vergleichbare rechtliche „Geltung". Wäre ferner ein solches Geschäft ein rechtliches Nichts, so wäre eine Bestimmung wie die des § 140 BGB. schlechterdings unverständlich; denn es ließe sich nicht einsehen, wie es möglich wäre, daß ein rechtliches Nichts im Wege der Konversion als gültiges Rechtsgeschäft „aufrechterhalten wird".

Nichtiges Rechtsgeschäft und Nichtrechtsgeschäft, actes nuls (de plein droit) und actes inexistants. Der rechtsgeschäftliche Tatbestand besteht, wie wir gesehen haben, aus einem Komplex einzelner rechtsbedingender Elemente, von deren kumulativem Gegebensein die rechtliche Existenz (deutsch: Gültigkeit, französisch: validité) des Geschäfts abhängt. Ist auch nur eine dieser Rechtsbedingungen im Einzelfalle nicht verwirklicht, so bleibt dem Geschäft jede rechtliche Wirksamkeit im Sinne des Parteiwillens versagt. Nach deutschem Recht (§§ 145, 147 ff., 130 Abs. 1, 117 f., 138 BGB.) ließe sich beispielsweise der bedingende Tatbestand eines rechtsgültigen Vertrages etwa auf folgende Formel bringen:

$$(O \cdot G_1 + Z + A \cdot G_2 + Z') \cdot e \cdot s = V,$$

sofern wir unter O die Offerte, unter A die Annahme derselben, unter Z und Z' das Zugehen der Offerte bzw. der Annahme, unter G_1 und G_2 die Geschäftsfähigkeit der Partei, unter V den rechtsgültigen (!) Vertrag, unter e die Ernsthaftigkeit und unter s die Sittlichkeit desselben verstehen wollen. Dabei bedienen wir uns des Zeichens · zum Ausdruck

[11]) Endemann 8./9. Aufl. I, 368.

einer rechtlich oder begrifflich untrennbaren Bindung zweier Erfordernisse, des Zeichens +, wo die Möglichkeit zeitlicher Aufeinanderfolge besteht. Nimmt man aus der genannten Formel auch nur eines der dort angeführten Elemente heraus, so ist der zurückbleibende Rest keinesfalls ein rechtsgültiger Vertrag; die Rechtswirkungen eines solchen bleiben aus. Welches der dort genannten Elemente dabei ausscheidet, ob eines oder mehrere, ist für die Frage, ob V entsteht, gleichgültig. Der Erfolg ist jedesmal gleich Nicht V. Diese Erscheinung nennen wir die Gleichwertigkeit aller existenzbedingenden Erfordernisse.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die in der modernen Dogmatik[12]) sich häufig findende Unterscheidung zwischen nichtigem Rechtsgeschäft und Nichtrechtsgeschäft, zwischen actes nuls (de plein droit) und actes inexistants unhaltbar ist. Die von uns bekämpfte Lehre würde in dem obigen Beispiel etwa die Elemente O, A, Z und Z′ unter dem Namen „Errichtungserfordernisse" (elements essentiels), deren gemeinsames Kennzeichen es sei, daß ohne sie das betreffende Rechtsgeschäft überhaupt nicht gedacht werden könne, den übrigen oder „Geltungserfordernissen" als etwas Wesensverschiedenes gegenüberstellen. Allein eine solche Zusammenfassung ist subjektiv willkürlich und vor allem rechtlich bedeutungslos; sie trägt metajuristische Gesichtspunkte in die Betrachtung herein, die geeignet sind, eine an sich schon verwickelte Materie, wie es zumal die Lehre von den nullités des französischen Rechts ist, nur noch mehr zu verwirren.

Während die Unterscheidung von Nichtrechtsgeschäft und nichtigem Rechtsgeschäft in der deutschen Rechtswissenschaft mehr einen Schönheitsfehler ohne wesentliche praktische Bedeutung darstellt, war die Unterscheidung zwischen actes inexistants und actes nuls im französischen Recht in der Weise, wie die „klassische"[13]) Theorie von Zachariae, Aubry und Rau diese Begriffe ausgearbeitet hatte, praktisch von ganz hervorragender Tragweite. Sie stellte nämlich die rechtliche Wirkungslosigkeit des acte inexistant, die von jeder richterlichen Nichtigkeitserklärung unabhängig war, in schärfsten Gegensatz zu der (allerdings nur vorübergehenden) Wirksamkeit des acte nul, dessen nullité, um rechtlich in Erscheinung zu treten, erst einer prononciation par

---

[12]) Den römischen Quellen war eine derartige Unterscheidung vollständig fremd; vgl. Colin-Capitant, Cours E., 3. Aufl. I, 76, 82 und die dort auf S. 76 zitierten römischen Quellenstellen. Die bekämpfte Lehre wird schon sprachlich dadurch unterstützt, daß ein dem lateinischen „nullus" entsprechender einheitlicher Ausdruck für „Nichtexistenz" und „Nichtigkeit" dem deutschen Sprachschatze fehlt.

[13]) Bonnecase, Tr. Suppl. III, 3 ff.

jugement bedürfe[14]). Die Unterscheidung von acte nul und acte inexistant hatte also nur einen Sinn und konnte nur unter der Voraussetzung gemacht werden, daß man unter nullité eine Qualität des Rechtsgeschäfts verstand, welche demselben seine rechtliche Wirksamkeit so lange beläßt, als die Nichtigkeit des Aktes nicht durch Urteil ausgesprochen ist. Diese Auffassung vom Wesen der nullité ist denn auch in der Rechtsprechung der französischen Gerichte bis heute die herrschende geblieben[15]).

In der Wissenschaft jedoch mehren sich seit dem letzten Jahrzehnt die Stimmen, die eine derartige Auffassung vom Wesen der nullité für rechtsirrig halten. Mehr und mehr dringt die Ansicht durch, die nullité (absolue oder de plein droit) eines Rechtsgeschäfts sei ein Werk des Gesetzgebers und es bedürfe nicht erst einer action en nullité und eines urteilsmäßigen Ausspruches der Nichtigkeit, um das tatsächlich getätigte Geschäft aller rechtlichen Wirksamkeit zu entkleiden[16]); eine richterliche Feststellung der nullité sei vielmehr nur „en cas de contestation" erforderlich und selbst hier habe sich der Richter darauf zu beschränken, die Nichtigkeit deklarativ festzustellen, nicht aber sie konstitutiv erst zu schaffen. Diese Lösung allein entspricht u. E. den Bestimmungen des Code civil; vor allem läßt sich für sie Art. 1117 C. civ.[17]) ins Feld führen, der die nullité de plein droit geradezu in direkten Gegensatz zu einer gewöhnlich als annulabilité bezeichneten

---

[14]) Von grundlegender Bedeutung für die Frage der Notwendigkeit eines richterlichen Ausspruches der nullité wurde die vielzitierte Entscheidung der Cour de Bordeaux, zit. bei Dalloz, R.P. VIII, 397 (nullité) Nr. 5, bei Planiol 9. Aufl. I, 125 Nr. 334 u. a.

[15]) Es mutet fast wie eine Ironie an, daß trotzdem gerade die französische Gerichtspraxis die „klassische" Unterscheidung nicht mitgemacht hat und die Ausdrücke nul und inexistant meist (zumal in den 80er und 90er Jahren des vorigen Jahrh.) synonym verwendet. Vgl. die Zusammenstellung von Pize, zit. bei Bonnecase a. a. O. S. 78 Note 1, sowie Dalloz, R.P. VIII, 397 Nr. 4 u. 5 und Capitant, Intr. 4. Aufl. S. 349 Nr. 282. Erst neuerdings haben die berühmten Entscheidungen der Cour de Cassation vom 6. April 1903 und vom 30. Dezember 1902 (beide zit. bei Bonnecase a. a. O. S. 15 ff.) die in Rede stehende Unterscheidung wieder mit Nachdruck hervorheben zu müssen geglaubt.

[16]) So Capitant, Intr. 4. Aufl. S. 343; Planiol, Tr. E. 9. Aufl. I, 125 Nr. 334 und I, 128 Nr. 338; Baudry-Lacantinerie, Traité 3. Aufl. Oblig. III, 273 Nr. 1932.

[17]) Wie ihm gegenüber Aubry und Rau 5. Aufl. I, 184 § 37 behaupten können: „Il n'y a pas lieu de distinguer entre les cas ou la loi se borne à ouvrir contre un acte une action en nullité et ceux ou elle en déclare elle-même la nullité", ist uns nicht verständlich. Ihnen schließt sich neuerdings Bonnecase, Tr. Suppl. III, 79 Nr. 50 an, der die annulabilité eines Aktes geradezu als Folge der nullité bezeichnet.

Rechtsbeschaffenheit des Geschäfts stellt, deren Besonderheit darin besteht, daß sie einer bestimmten Gruppe von Personen eine action en nullité i. t. S. an die Hand gibt, um die bis zum urteilsmäßigen Ausspruch der Nichtigkeit gegebene vorläufige Existenz des Geschäfts zu vernichten[18]). Eine gesetzliche Bestimmung aber, die als Stütze der gegenteiligen, von der Rechtsprechung vertretenen Ansicht dienen könnte, besteht nicht[19]); Art. 686 C. pr. civ. kann ebensogut als arg. e contrario wie als arg. ex analogia verwendet werden; Art. 1234 C. civ. aber, der dem Erlöschen einer Obligation durch Zahlung das Erlöschen durch nullité gleichstellt, wird durch Art. 1304 C. civ. dahin ergänzt, daß unter nullité nur eine annulation im Wege der action en nullité gemeint sein kann.

Mit der Erkenntnis aber, daß die nullité de plein droit des französischen Rechts einer von jeder action en nullité unabhängigen rechtlichen Nichtexistenz des Geschäfts gleichkommt[20]), fällt die Unterscheidung zwischen actes nuls und actes inexistants in sich zusammen. Wohl kann aus Art. 146 C. civ. eine gewisse Berechtigung zur Aufstellung des Begriffes der inexistence abgeleitet werden; allein hieraus folgt noch nicht, daß sich die rechtliche Natur dieser inexistence von der der nullité absolue abheben muß. Vielmehr ist zu sagen: Wenn die Wirkung der Mangelhaftigkeit bei einem Element, bei dessen Fehlen die klassische Lehre inexistence annehmen möchte, die gleiche ist wie bei einem, dessen Mangel nullité de plein droit nach sich ziehen soll[21]), nämlich eine von jeder gerichtlichen prononciation unabhängige, bereits im Augenblick der Entstehung des Geschäfts eintretende rechtliche inefficacité desselben[22]), so ist damit eben bewiesen, daß man es bei den vermeintlich verschiedenen Elementen in Wirklichkeit mit gleichwertigen, nämlich gleichmäßig die rechtliche Wirksamkeit (d. i. validité, d. i. existence) des Geschäfts bedingenden Erfordernissen zu tun hat. Zwischen gleichwertigen Elementen aber kann es auch nur eine einzige

---

[18]) Planiol (a. a. O. I, 128 Nr. 338) verweist noch auf Art. 960 C. civ.

[19]) Ebenso Planiol a. a. O. I, 125 Nr. 334.

[20]) Es ist merkwürdig, daß Planiol (a. a. O. I, 133 Note 1) und Colin-Capitant, Cours E., 3. Aufl. I, 75 ff. und II, 352, obwohl sie dies zugeben, doch an der klassischen Dreiteilung: inexistence, nullité, annulabilité festhalten; Planiol spricht sogar von einer „identité de situation entre l'acte nul de plein droit et l'acte inexistant" und erklärt: „Il n'y a de différence entre eux que dans la cause qui les rend stériles." Doch unterlassen es beide, hieraus die Konsequenzen zu ziehen.

[21]) Die große Unsicherheit bezüglich der Frage, was unter die eine, was unter die andere Kategorie zu subsumieren sei, deutet ebenfalls auf die wissenschaftliche Unhaltbarkeit der klassischen Theorie hin.

[22]) Man verweist zur Begründung dieser Aufstellung gern auf die Art. 932 und 1131 C. civ.

Art rechtlicher Mangelhaftigkeit geben, und es ist u. E. nur eine Frage des persönlichen Geschmacks, ob man diese Fehlerhaftigkeit mit nullité (absolue oder de plein droit) oder inexistence bezeichnen will.

Wir betonen die rechtliche Wesensgleichheit des nichtigen und des Nichtrechtsgeschäfts hier deswegen mit besonderem Nachdruck, weil wir diese Erkenntnis später bei Erklärung von Heilungserscheinungen des deutschen bürgerlichen Rechts zu verwenden gedenken. Dies sowie die Tatsache, daß „rechtliche Nichtexistenz" eines Geschäfts nicht gleichbedeutend ist mit „rechtlichem Nichts", möge daher für die folgenden Untersuchungen festgehalten werden.

II. Abschnitt.

Die einzelnen Typen normativer Formfunktion, nachgewiesen in bestimmten Rechtssystemen.

§ 2.

Typus A. Die Form als Existenzbedingung.

Vom deutschen Recht ausgehend, erscheint die als Bedingung der rechtlichen Existenz des Geschäfts ausgestaltete normativfunktionelle Bedeutung der Form als grundlegend. In der Tat findet sie sich bei zahlreichen Rechtssystemen als die vorwiegend herrschende ausgeprägt.

I.

a) Zunächst das deutsche und schweizerische Obligationenrecht[1]). Das deutsche Recht, ähnlich wie das schweizerische, bringt die normative Funktion der Form in Gestalt eines generellen Rechtssatzes als eines durchgehenden Grundprinzips zum Ausdruck. § 125 BGB. lautet: „Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig." Die geradezu kategorische Bestimmtheit dieses Satzes ist auffallend und erhellt noch klarer, stellt man sie einer Formulierung wie der des Art. 11 Abs. 2 schweiz. OR. gegenüber: „Ist über die Bedeutung und Wirkung einer gesetzlich vorgeschriebenen Form nicht etwas anderes bestimmt, so hängt von deren Beobachtung die Gültigkeit des Vertrages ab." Der auch im BGB. verwendete Zusatz „soweit sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt" fehlt hier, wo es sich um die Einhaltung gesetzlicher Formvorschriften handelt. Dies veranlaßt uns zu der Annahme, daß das BGB. in allen Fällen, in denen es vom Prinzip der Formfreiheit abweichend

[1]) Das Sachen-, Erb- und Familienrecht (mit Ausschluß des Eherechts) interessieren hier nicht weiter; vom Eherecht wird sogleich die Rede sein.

Formvorschriften aufstellt[2]), den Grundsatz der Formnichtigkeit ausnahmslos und mit ganzer Strenge durchgeführt wissen will. Die Fassung des § 125 BGB. ist derart, daß sie nicht nur selbst keine Ausnahmen zu kennen scheint, sondern u. E. auch jede andere Auslegung von Formvorschriften, über deren normative Bedeutung speziell nichts ausdrücklich bestimmt ist, ausschließt. Von einer ausnahmslos durchgreifenden Geltung des Grundsatzes der Formnichtigkeit im BGB. zu sprechen hindert u. E. auch der im Recht der Schuldverhältnisse des BGB. ganz vereinzelt dastehende[3]) Fall des § 566 BGB. nicht, bei dem eine von dem Prinzip des § 125 BGB. abweichende Funktion der gesetzlichen Form ausdrücklich normiert ist[4]); daß hier die allgemeine Norm des § 125 BGB. der spezielleren des § 566 BGB. als subsidiär zu weichen hat, erschien bei der Abfassung des § 125 BGB. offenbar als selbstverständlich. Doch kann hieraus u. E. nicht die Befugnis abgeleitet werden, die normative Funktion einer vom BGB. vorgeschriebenen Form auch in Fällen, in denen über ihre Bedeutung und Wirkung im Gesetz ausdrücklich nichts gesagt ist, anders zu fassen, als es § 125 BGB. vorsieht. Im übrigen darf auch im schweizerischen Obligationenrecht der Grundsatz der Formnichtigkeit als die Regel angesehen werden.

Die deutsche wie die schweizerische Rechtswissenschaft und Praxis sind sich darüber einig, daß unter Formnichtigkeit die rechtliche Nichtexistenz des Geschäftes zu verstehen sei. Der Savignyschen[5]) Einteilung der fehlerhaften Rechtsgeschäfte in nichtige und anfechtbare steht das schweizerische Recht insofern näher als das deutsche, als es wie Savigny einen beide Arten von Mangelhaftigkeit deckenden Oberbegriff der Ungültigkeit kennt, der dem BGB. fremd ist. Das BGB. gebraucht nur die Positive „gültig", während in der Literatur die Ausdrücke „ungültig" und „nichtig" synonym verwendet werden. Wir schließen uns dieser letzteren Terminologie an.

---

[2]) Also auch in den Fällen der §§ 313, 518, 766 BGB.

[3]) Hachenburg, Vortr. S. 84 f., glaubt ihm noch die Fälle der §§ 780 ff. BGB. hinzufügen zu können. Dies beruht jedoch auf einer Verwechslung rechtsgeschäftlicher und außerrechtsgeschäftlicher Rechtswirkungen eines konkreten Tatbestandes. Als das gewollte Rechtsgeschäft nämlich, als selbständige verpflichtende Erklärung bleibt das mündliche Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis ohne jede rechtliche Wirkung; es ist schlechthin formnichtig. Daß es trotzdem etwa als Beweismittel von rechtlicher Bedeutung sein kann, ist Ausdruck jener bereits erwähnten Erscheinung, daß ein nichtiges Rechtsgeschäft noch als Rechtshandlung beurteilt werden, m. a. W. daß ein gegebener Einzeltatbestand eben möglicherweise auch noch andere als die gewollten Rechtswirkungen hervorbringen kann.

[4]) Die Wirkung, welche die Nichtbeobachtung der durch Satz 1 vorgeschriebenen Form hier hat, ist durch Satz 2 ausdrücklich festgelegt.

[5]) System des heutigen römischen Rechts IV, 537 f.

Damit, daß § 125 BGB. und Art. 11 Abs. 2 schweiz. OR. die Form zur Bedingung der Rechtsgültigkeit machen, besagen sie zugleich, daß das formwidrige Geschäft keine natürliche Verbindlichkeit erzeugt [6]). Eine solche ließe sich möglicherweise aus § 814 BGB. ableiten [7]). Allein dem Geist und der kategorischen Fassung des § 125 BGB. widerspricht es, gegenüber Formvorschriften eine „Anstandspflicht" anzuerkennen, ganz abgesehen davon, daß hierduch die ersteren zum größten Teil [8]) ihrer Wirksamkeit entkleidet würden. Mit Recht hat daher auch die Praxis stets mit Entschiedenheit die Annahme einer Anstandspflicht gegenüber gesetzlichen Formvorschriften abgelehnt.

b) Deutsches und schweizerisches Eherecht. Es entspricht dem Wesen des Familienrechts als dem eines Sonderrechts, daß die Rechtsbegriffe und Rechtsnormen des übrigen Privatrechts auf es teils überhaupt nicht, teils nur mit Einschränkungen und Modifikationen angewendet werden können. Der soeben für das deutsche und schweizerische Obligationenrecht festgestellte Begriff der Formnichtigkeit findet sich auch im Eherecht dieser Staaten. In den Fällen, wo er in diesem Sinne (Typus A der normativen Funktion der Eheschließungsform) auf die Ehe angewandt wird, ist also überhaupt keine „Ehe" im Rechtssinne zustande gekommen; es fehlt an Erfordernissen, ohne die der Tatbestand einer rechtlich relevanten Eheschließung nicht erfüllt ist. Das trotzdem etwa bestehende eheähnliche Zusammenleben zweier Personen verschiedenen Geschlechts ist nichts als ein rein faktisches Konkubinat, das lediglich nach außen den Schein einer Ehe erwecken kann. Man hat in solchen Fällen die Ehe als „absolut nichtig" [9]) oder „vollkommen nichtig" [10]) bezeichnet; der Ausdruck Nichtehe (matri-

---

[6]) Oertmann 3./4. Aufl. I, 2 S. 170; RG. 58, 218.

[7]) Auch Ubbelohde, Jahrb. f. Dogm. 38, 216 ff.; Matthiaß 5. Aufl. I § 72 II und Kipp-Windscheid 9. Aufl. II, 191 sehen in § 814 BGB. einen Fall der naturalis obligatio.

[8]) Nicht ganz; denn die Annahme einer natürlichen Verpflichtung würde nur eine soluti retentio zugunsten der einen Vertragspartei gewähren. Bei zweiseitigen formbedürftigen Verträgen wäre daher mangels Einhaltung der gesetzlichen Form und trotz Erfüllung seitens einer Partei die Möglichkeit einer Anforderung der Gegenleistung immer noch ausgeschlossen. Die §§ 313 Satz 2, 518 Abs. 2, 766 Satz 2 BGB., die eine solche Anforderung ausdrücklich gestatten, gehen somit über eine soluti retentio, wie sie die natürliche Verpflichtung gewährt, weit hinaus und wären daher selbst dann nicht, wie Reichel, ArchZivPrax. 104, 5, meint, überflüssig, wenn das BGB. auf dem Standpunkte stünde, schon Moral und Anstand würden den Grundstücksverkäufer usw. verpflichten, die formlos erteilte Zusage zu erfüllen.

[9]) Staudinger 9. Aufl. IV, 92 Vorbem. III.

[10]) K.RGR. 5. Aufl. III, 30.

monium non existens)[11]) wird u. E. dem Wesen dieser Erscheinung besser gerecht. Die Tatsachen, welche eine derartige Formnichtigkeit der Ehe zur Folge haben, sind je nach den Anforderungen, welche die einzelnen Rechtsordnungen an die Form der Eheschließung stellen, sehr verschieden.

Das deutsche Recht faßt die wesentlichen Formerfordernisse der Eheschließung im § 1317 BGB. zusammen; demnach wird eine vom deutschen Recht anerkannte Ehe dadurch geschlossen, daß die Verlobten vor einem Standesbeamten persönlich und bei gleichzeitiger Anwesenheit erklären, die Ehe miteinander eingehen zu wollen. Der Standesbeamte muß zur Entgegennahme dieser Erklärung bereit sein. Ist eine dieser Förmlichkeiten nicht beobachtet worden, so ist die Ehe, falls sie nicht in das Heiratsregister eingetragen wurde, formnichtig (§ 1324 Abs. 1 BGB.). Unwesentliche Förmlichkeiten sind nach deutschem Recht somit das Aufgebot, die Zuziehung zweier Zeugen und die Eintragung der Eheschließung in das Heiratsregister.

Das schweizerische Eherecht kennt als einziges wesentliches Formerfordernis, dessen Nichtbeobachtung die Nichtexistenz der Ehe nach sich zieht, nur die Schließung der Ehe vor dem Zivilstandesbeamten Art. 131 ZGB. Alle übrigen Formvorschriften über Verkündigung, Ort und Zeit der Trauung, Zuziehung zweier Zeugen usw. sind als reine Sollvorschriften für die Rechtsgültigkeit der Ehe unerheblich.

II.

Französisches Privatrecht.

Von Art. 1341 abgesehen, enthält der Code civil keine allgemeine Bestimmung über die normative Funktion gesetzlicher Formerfordernisse. Diese muß vielmehr von Fall zu Fall durch Auslegung erschlossen werden. Hierbei ergibt sich, daß das französische Recht zunächst Formerfordernisse kennt, die die Funktion eines Beweismittels haben (actes instrumentaires, Art. 1341 C. civ.), also dem Typus D entsprechen. Da die Form in diesen Fällen auf die rechtliche Existenz des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts keinen Einfluß hat, kann von ihnen im folgenden nicht weiter die Rede sein. Daneben aber enthält das französische Recht Formvorschriften, deren Einhaltung zur Gültigkeit (validité) des Geschäfts erforderlich ist[12]). Die Nichtbeobachtung dieser unter dem Namen Solemnitätsformen zusammengefaßten Formerfordernisse bewirkt also die rechtliche Wirkungslosigkeit (Ungültigkeit) des Geschäfts, und zwar, wie bereits im vorigen Paragraphen entwickelt wurde, ipso

[11]) Dernburg IV, 62f.; Kisch in L. Z. 1923, 627; Thiesing § 15 S. 84; Cosack 7. Aufl. II, 2 §§ 36 und 36a S. 95 ff.; Henle S. 7.

[12]) Vgl. Art. 1394, 1396, 931, 1001 C. civ.

jure, also ohne daß es erst einer action en nullité und eines nachfolgenden urteilsmäßigen Ausspruches der Nichtigkeit bedarf. Die Solemnitätsformen des französischen Rechts haben somit dieselbe normativfunktionelle Bedeutung wie die des deutschen (§ 125 BGB.) und schweizerischen (Art. 11 Abs. 2 OR.) Rechts. Sie sind Bedingung der rechtlichen Existenz (= Gültigkeit = Wirksamkeit) des Geschäfts, unterfallen also dem Typus A. Die Frage, ob das an einem Fehler der Solemnitätsform leidende Geschäft mit nul [13]) oder inexistant [14]) zu bezeichnen sei, ist, wie ebenfalls bereits betont wurde, rechtlich unbehelflich, da nullité de plein droit und inexistence dieselbe Rechtsbeschaffenheit eines rechtsgeschäftlichen Tatbestandes bezeichnen, nämlich absolute, unmittelbare rechtliche Wirkungslosigkeit [15]).

Die Auswirkungen der klassischen Theorie, die die nullité eines Rechtsgeschäfts geradezu mit der annulabilité desselben identizierte [16]), zeigen sich im Hinblick auf confirmation und prescription. Da für die klassische Theorie das nichtige Geschäft eine gewisse vorläufige, wenn auch mit der action en nullité vernichtbare Existenz hatte, können Aubry und Rau [17]) vom Standpunkt ihrer Lehre aus folgerichtig behaupten: „Les nullités sont, sous certaines limitations ... susceptibles de se souvrir par la confirmation et la prescription." Als solche Ausnahmen von dem Grundsatze der Heilbarkeit der Formnichtigkeit durch confirmation erklären sie [18])

a) etwas willkürlich den Fall, daß es sich um „formalites établies dans l'intérêt des tiers" handelt;

b) notgedrungen den Fall des Art. 1339 C. civ., der damit zugleich die einzige Ausnahme vom Prinzip der Heilbarkeit der Formnichtigkeit durch prescription wird [19]). Die heutige Rechtswissenschaft hat jedoch zugleich mit der Erkenntnis der normativen Funktion der Solemnitätsformen des französischen Rechts als Existenzbedingungen

---

[13]) So die älteren Entscheidungen wie Cour de Cass. vom 11. Nov. 45 D. P. 46, 1, 25; ferner Capitant, Intr. 4. Aufl. S. 333 ff.; Colin-Capitant, Cours E. I, 75 Ziff. 2 und II, 351; Planiol, Tr. 9. Aufl. I, 133, der aber zugibt, man könne ebensogut „suivre l'opinion commune et dire qu'un acte solennel dépourvu des solennités requises est inexistant".

[14]) So Glasson in der Note zu D. P. 98, 1, 533 f.; Baudry-Lacantinerie, Tr. 3. Aufl. Oblig. III, 268 ff.; Bonnecase, Tr. Supl. III, 141 Nr. 82.

[15]) Synonym Dalloz, R. P. VIII (nullité); Bufnoir, Propr. 2. Aufl. S. 659 und die franz. Gerichte.

[16]) Siehe oben I. Abschn. § 1 a. E.

[17]) 5. Aufl. I, 186 § 37 a. E.

[18]) 5. Aufl. IV, 433 § 337.

[19]) a. a. O. IV, 449 f. § 339; vgl. Cour de Cass. vom 26. Febr. 1869, D. P. 69, 1, 247 und vom 2. Aug. 1898, D. P. 98, 1, 553.

des Rechtsgeschäfts die klassische Theorie in ihren praktischen Auswirkungen verlassen und ist, sei es nun, daß sie die aus einem Mangel der Solemnitätsform entspringende rechtliche Wirkungslosigkeit des Geschäfts mit nullité oder inexistence bezeichnet, zu dem Ergebnis gelangt, daß diese nullité als eine rechtliche inexistence des Geschäfts logischerweise auch nicht durch confirmation geheilt werden könne [20]); denn etwas, sagte man sich, was rechtlich überhaupt nicht besteht, kann auch durch confirmation, d. h. einen (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Verzicht auf das Recht, die Existenz eines Rechtsgeschäfts mittels action en nullité anzufechten, nicht rechtlichen Bestand erhalten. Mit dieser praktischen Folgerung nähert sich die Lehre von der nullité (inexistence) de forme des französischen Rechts noch mehr der des deutschen Privatrechts an, ja sie deckt sich hierin völlig mit ihr; denn auch in der deutschen Rechtswissenschaft wird — und zwar einstimmig — die Ansicht vertreten, die mit einem formnichtigen Geschäft bezweckten Rechtswirkungen könnten nur durch eine formgerechte Neuvornahme desselben [21]) erzielt werden. In der Bestimmung des Art. 1339 C. civ., der die von der Wissenschaft gezogene Folgerung für den Fall der Schenkung ausdrücklich ausspricht, hat man demnach nicht, wie Aubry und Rau meinen, eine Ausnahme, sondern umgekehrt den positiven Ausdruck und die gesetzliche Bestätigung des Prinzips der Unheilbarkeit der infolge eines Fehlers der Solemnitätsform gegebenen nullité de plein droit durch confirmation zu sehen [22]).

Nicht dieselbe Einstimmigkeit wie im Punkte „confirmation" herrscht in der französischen Rechtswissenschaft und Praxis bezüglich der Frage, ob die nullité (inexistence) de forme durch prescription geheilt werden könne. Doch dringt auch hier mehr und mehr die Ansicht durch [23]), eine solche Heilung sei ausgeschlossen, da bei formnichtigen Geschäften von einer action en nullité i. t. S. nicht die Rede sein könne

---

[20]) So Dalloz, R. P. VIII, 402 (nullité) Nr. 88, VIII, 398 Nr. 11 und die dort Zitierten; Planiol 9. Aufl. I, 129 Nr. 339 Ziff. 3; Capitant, Intr. 4. Aufl. S. 344 Nr. 279 Ziff. 2; Colin-Capitant, Cours E. 3. Aufl. I, 78 Ziff. 2 und II, 351 Ziff. 2; Baudry-Lacantinerie, Tr. 3. Aufl. Oblig. III, 274; Bonnecase, Tr. Suppl. III, 142 Nr. 83.

[21]) Vgl. § 141 BGB., der logisch konsequent die Folgerungen aus dem Wesen der „Nichtigkeit" zieht.

[22]) Mit Rücksicht auf Art. 1340 C. civ. erscheint Art. 1339 C. civ. dennoch nicht überflüssig.

[23]) So Dalloz, R. P. VIII, 398 (nullité) und die dort Zitierten: Planiol, Tr. 9. Aufl. I, 129 Nr. 339 Ziff. 4; Capitant, Intr. 4. Aufl. S. 345 Ziff. 3; Colin-Capitant, Cours E. 3. Aufl. I, 78 und II, 352; Bufnoir, Propr. 2. Aufl. S. 659 ff.; Baudry-Lacantinerie, Tr. 3. Aufl. Oblig. III, 274; Bonnecase a. a. O.

und damit das Objekt fehle, das Gegenstand einer Verjährung nach Art. 1304 C. civ.[24]) wäre.

Die Verwirrung, zumal die gegenteilige Ansicht gründet sich vor allem auf die juristische Tatsache, daß bei freiwillig vollzogener, durch die Vorstellung rechtlichen Gebundenseins motivierter Leistung auf Grund formnichtigen Vertrages die Klage auf Rückstellung des Geleisteten gemäß Art. 2262 C. civ. nach 30 Jahren verjährt ist[25]). Diese Erscheinung glaubte man ohne weiteres dahin auslegen zu dürfen, der formnichtige Vertrag sei nach Ablauf der genannten Frist rechtsgültig geworden. Demgegenüber weist zumal Baudry-Lacantinerie[26]) mit besonderer Klarheit darauf hin, daß dem Kläger in dem erwähnten Falle nicht der (nunmehr angeblich gültig gewordene) Vertrag, sondern „une cause d'aquisition toute différente" entgegengehalten werden könne. In der Tat ist die Verjährung eine juristische Erscheinung sui generis, die jedenfalls nicht in der Weise ausgelegt werden kann, als verleihe sie dem formnichtigen Vertrage nachträglich rechtliche Existenz. Das praktische Ergebnis ist demnach folgendes: 30 Jahre nach der freiwilligen, in Unkenntnis des Formmangels vorgenommenen Ausführung des formnichtigen Vertrages ist jede Klage auf Rückleistung verjährt und daher ergebnislos; ist aber eine Leistung auf Grund formnichtigen Vertrages noch von keiner Seite bewirkt, und klagt ein Vertragsteil trotz Nichtbestehens der Obligation die (gar nicht geschuldete) Gegenleistung ein, so kann ihm einredeweise auch noch nach längerer als 30jähriger Frist (seit Abschluß des formnichtigen Vertrags) die nullité (inexistence) de forme entgegengehalten werden[27]).

§ 3.

Typus B. Formmangel als existenzbedrohender Umstand.

Während eine als Anfechtbarkeit, annulabilité, bezeichnete rechtliche Mangelhaftigkeit eines rechtsgeschäftlichen Tatbestandes sich als Folge sog. „materieller" Gründe (Irrtum, Drohung, arglistige Täuschung, beschränkte Geschäftsfähigkeit) häufig findet, ist eine normative Funktion gesetzlicher Formerfordernisse von der Wirkung, daß aus der

---

[24]) Es wird nicht nur eine 10jährige, sondern auch eine 30jährige, ja sogar eine 100jährige Verjährung vertreten; siehe Planiol 9. Aufl. I, 129 Note 1.

[25]) Dabei wird unterschieden zwischen prescription extinctive (bei obligatorischen) und prescription acquisitive (bei dinglichen Ansprüchen).

[26]) a. a. O. III, 275 Note 1.

[27]) So bereits eine Entscheidung vom 21. Juni 1880, D. P. 1881, 1, 108 mit der Begründung, Art. 2262 C. civ. beziehe sich nur auf Klagen, nicht auch auf Einreden.

Nichtbeobachtung der Form einer größeren oder kleineren Gruppe von Personen das Recht erwächst, durch besonderen Willensakt die (bis dahin gegebene) rechtliche Existenz des Geschäftes zu vernichten, ziemlich selten. Rechtspolitisch läßt sich diese Erscheinung leicht damit begründen, daß in wirtschaftlich hochentwickelten Perioden das Bedürfnis nach möglichst rascher und reibungsloser Abwicklung des rechtsgeschäftlichen Lebens eine ebenso sparsame Normierung von Formerfordernissen und ihre Beschränkung auf Fälle erforderte, in denen ein öffentliches Interesse an der Einhaltung gewisser rechtsgeschäftlicher Formen gegeben war[1]), und daß die infolge dieses Bestrebens verhältnismäßig wenigen tatsächlich erlassenen Formvorschriften daher als rechtspolitisch zu bedeutungsschwer erschienen, als daß die Entscheidung über Gültigkeit oder Ungültigkeit des Geschäfts bei Zuwiderhandlung gegen das gesetzliche Formgebot hätte den Parteien anheimgegeben werden können.

I.

Selbst im Eherecht, wo doch ein favor matrimonii eine möglichst weitgehende Erhaltung des rechtlichen Bestandes der Ehe begünstigte, ist die funktionelle Bedeutung der Eheschließungsform fast allgemein als Bedingung der rechtlichen Existenz der Ehe ausgestaltet (Typus A); denn andererseits besteht gerade im Eherecht ein erhöhtes öffentliches Interesse an der Einhaltung gewisser Förmlichkeiten, die nicht nur dem Staate Einfluß auf den Eheschließungsvorgang sichern, sondern auch eine besonders wirksame Publizität der Ehe gewährleisten sollen.

Das deutsche Eherecht allein kennt eine normativfunktionelle Bedeutung der Eheschließungsformalitäten[2]), die sich unter den mit B bezeichneten Typus subsumieren läßt. Die Eintragung einer Ehe, bei deren Abschluß die durch § 1317 BGB. vorgeschriebenen wesentlichen Förmlichkeiten nicht beobachtet wurden und die daher „an sich" von der Rechtsordnung mißbilligt wird, in das Heiratsregister umkleidet, sagte man sich, die dergestalt zur Entstehung gelangende eheliche Lebensgemeinschaft zweier Personen verschiedenen Geschlechts mit einem solchen Maß öffentlichen Glaubens, daß eine Entkräftigung dieser

---

[1]) Die Unterscheidung von Rechtsnormen, die im öffentlichen Interesse, und solchen, die im Interesse des Einzelnen erlassen sind, ist wissenschaftlich unhaltbar; denn ein „öffentliches Interesse an der Aufstellung gewisser Rechtsnormen ist immer, also auch dann gegeben, wenn die rechtspolitische Funktion der Norm im Schutze gewisser Personengruppen besteht (wie etwa bei den Formvorschriften über das Schenkungs- und Bürgschaftsversprechen, des § 313 BGB. usw.). Ohne jedes Eigeninteresse hätte der Staat überhaupt keine Veranlassung, eine (staatliche) Rechtsordnung aufzustellen.

[2]) Denen hier im Gegensatz zum Fall der Nichtehe (§ 1324 Abs. 1 BGB.) die Eintragung ins Heiratsregister nicht hinzuzurechnen ist.

nach außen gehenden Wirkungen im ordentlichen gerichtlichen Verfahren geboten erschien. Daher bestimmt § 1329 Satz 2 in Verb. mit § 1324 BGB., daß „die Nichtigkeit" einer Ehe, die unter Verletzung der Formvorschriften des § 1317 BGB. geschlossen, aber in das Heiratsregister eingetragen wurde, „nur im Wege der Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden" könne, solange nicht „die Ehe" für nichtig erklärt oder aufgelöst worden sei. So wie dieser Rechtssatz lautet, ist er dazu angetan, zu der irrigen Annahme zu verleiten, das die Nichtigkeit aussprechende Urteil habe lediglich deklaratorische Bedeutung [3]), und zur Folge, daß eine bis dahin gewissermaßen latent bestehende Nichtigkeit der Ehe [4]) nunmehr mit absoluter Wirksamkeit „enthüllt" [5]) werde. Der Zeitraum eines Vierteljahrhunderts seit Inkrafttreten des BGB. hat jedoch genügt, um in Wissenschaft und Praxis die Erkenntnis durchdringen zu lassen, daß dem nicht so ist. Zwar fehlt es an einem die Rechtslage mit der Klarheit des Art. 132 Abs. 2 schweiz. ZGB. kennzeichnenden Rechtssatze, wie ihn auch noch § 1252 Abs. 1 des ersten Entwurfs zum BGB. vorsah: „Eine Ehe ist so lange als gültig anzusehen, bis sie aufgelöst oder für ungültig erklärt ist." Im Ergebnis jedoch ist damit, daß diese Bestimmung des ersten Entwurfs bei der endgültigen Redaktion des BGB. gestrichen wurde, an der Rechtslage nichts geändert worden [6]). Denn die (irreführende) Formulierung des § 1329 BGB. ist nur Abbreviatur für einen zweigliedrigen Gedankeninhalt. Sie besagt zunächst, daß niemand sich auf eine aus der Nichtbeobachtung der gesetzlichen Eheschließungsform gemäß § 1324 BGB. resultierende Nichtigkeit der eingetragenen Ehe berufen könne, solange letztere nicht in einer für jedermann wirksamen Weise durch Urteil aufgelöst oder für nichtig erklärt worden ist. Diese Seite des Rechtssatzes ist ohne Zweifel materiell rechtlicher Art, da sie nicht die Art und Weise der Geltendmachung eines Rechts, sondern die Unmöglichkeit einer solchen Geltendmachung zum Inhalte hat. Sie wird von Thiesing [7]) vollkommen übersehen, wenn er erklärt, § 1329 sei, wenngleich im BGB. ausgesprochen, doch prozessualer Natur. Gewiß enthält § 1329 BGB. auch eine Bestimmung prozessualer Art; denn er besagt zum anderen, der Weg, auf dem die

---

[3]) So in der Tat Thiesing § 16 S. 91.

[4]) Der K.RGR. 5. Aufl. III Bem. 1 zu § 1329 spricht von der Aufdeckung der „wahren Beschaffenheit der Ehe". Was soll man hierunter verstehen, wenn nicht die in den tatsächlichen Rechtswirkungen zum Ausdruck kommende Beschaffenheit?

[5]) „In einer für alle gültigen Weise ans Licht gestellt" (Thiesing § 16 S. 91).

[6]) Ebenso Dernburg 3. Aufl. IV, 71 § 21 III Note 5.

[7]) a. a. O. S. 88.

Beteiligten zu einer absolut wirksamen Konstituierung der aus § 1324 BGB. resultierenden Formnichtigkeit der Ehe gelangen könnten, sei nicht die Erklärung gegenüber dem anderen Vertragsteil wie bei der Anfechtung des § 143 Abs. 1 BGB., sondern ähnlich der action en nullité des Art. 1304 Code Civil die Nichtigkeitsklage und das für dieselbe vorgeschriebene ordentliche Verfahren. Allein schon durch die Formulierung: der Umstand, daß die rechtliche Nichtexistenz eines Rechtsverhältnisses wie der Ehe nur in bestimmter Weise geltend gemacht werden könne, sei für die Frage, ob es nach materiellem Recht bestehe, schlechthin bedeutungslos, da beides „auf verschiedenem Gebiete liege" (?) und daher unabhängig voneinander sei — gibt Thiesing zu erkennen, daß er die vorliegende Rechtslage mißversteht und die materiellrechtliche Bedeutung des § 1329 BGB. zum mindesten [8]) unterschätzt. Bezüglich dieser materiellrechtlichen Seite des § 1329 BGB. nun ist zu sagen: Wollte man wirklich eine bereits vor urteilsmäßigem Ausspruch des Nichtbestehens der Ehe etwa latent vorhandene Formnichtigkeit als gegeben annehmen, so müßte man — und dies tut auch wirklich Thiesing — doch zugestehen, daß die rechtliche Wirkung dieser Art Formnichtigkeit praktisch gleich Null, d. h. dieselbe wäre, als hätte das Gesetz die Ehe bis zur rechtskräftigen Nichtigkeitserklärung für (vorläufig) rechtswirksam erklärt [8a]). Eine (latente) Formnichtigkeit aber, der die Rechtsordnung selbst bis zum Eintritt eines bestimmten Ereignisses jede Rechtswirkung versagt, die also rechtlich überhaupt nicht in Erscheinung tritt, kann es logischerweise ebensowenig geben wie ein „rechtliches Geschäft" (Rechtsgeschäft), das infolge Formnichtigkeit jeder Rechtswirkung beraubt ist [9]); sie ist ein rein spekulatives Gebilde. Denn jedes Rechtsinstitut (also auch das der Formnichtigkeit) ebenso wie jedes Rechtsgeschäft und Rechtsverhältnis steht und fällt mit der ihm vom positiven Recht zuerkannten Fähigkeit der Hervorbringung rechtlicher Wirkungen. Wir gelangen daher zu

---

[8]) Er gibt nämlich auf S. 88 zu, es sei zweifellos, daß § 1329 BGB. auch auf das materielle Recht seine Schatten werfe.

[8a]) Es lassen sich deshalb die Worte Merkls, Die Lehre von der Rechtskraft S. 295: „In diesem Falle ist die auf Grund der Bestimmungen, die den Akt determinieren wollen, vorläufig angenommene Rechtswidrigkeit nur ein Schein, welcher schließlich der Erkenntnis der Rechtmäßigkeit des Aktes weichen muß" vollinhaltlich hierher beziehen, wie man überhaupt auch die Bestimmungen der §§ 1329 und 1324 Abs. 2 BGB. als weitere Anwendungsfälle des an späterer Stelle noch zu besprechenden Merklschen Fehlerkalküls bezeichnen muß.

[9]) Ebenso im Ergebnis wie in der Begründung Hellwig S. 451 Note 2; vgl. oben I. Abschn. § 1.

demselben Ergebnis wie Kisch[10]) und Hellwig[10a]), der das mittels formal mangelhafter Eheschließung begründete, eingetragene „Eheverhältnis" der anfechtbaren Ehe gleichsetzt, von der es sich nur durch die Gründe und Art der Beseitigung und die zur Beseitigung befugten Personen unterscheide. Ein wesentlicher, d. h. in ihrer rechtlichen Natur begründeter Unterschied besteht in der Tat zwischen der vernichtbaren Ehe des § 1329 BGB. und der anfechtbaren Ehe nicht. In beiden Fällen handelt es sich um die „Aufhebbarkeit eines Eheverhältnisses"; Vernichtungsfaktor ist das in beiden Fällen konstitutiv wirkende richterliche Urteil.

Die vorgetragene Auffassung teilen wir mit der in Wissenschaft und Praxis herrschenden Meinung; auch das Reichsgericht hat sich in RGStr. 41, 113 ff. zu ihr bekannt. Ob man der vernichtbaren Ehe das Prädikat „rechtsgültig" beilegen will, wie es in der Tat meist geschieht[11]), ist eine Frage des persönlichen Sprachgebrauchs ohne besondere praktische Bedeutung. Jedenfalls ist es zweckmäßig, den Ausdruck Nichtigkeit auszuschalten; die entgegenstehende Terminologie des Gesetzes ist irreführend. Den terminus „relative Nichtigkeit"[12]) halten wir für unzutreffend, da vor Rechtskraft des die Nichtigkeit aussprechenden Urteils eine Nichtigkeit der Ehe in keiner Beziehung, also auch nicht relativ, rechtlich zur Geltung kommt. Er ist daher ebenso ungeeignet wie etwa die Bezeichnung „Scheinehe"[13]); denn bis zum Augenblick des richterlichen Ausspruches ihrer Nichtigkeit „scheint" die Ehe nicht nur zu bestehen, sondern besteht sie wirklich, und zwar nicht nur tatsächlich[14]), sondern auch rechtlich. Eine „unvollkommene" Nichtigkeit[15]) endlich ist etwas logisch Unmögliches; denn ein Ding und auch eine Ehe kann — dies gilt für die Sphäre des Rechts ebenso wie für die Welt der Tatsachen — nur ganz oder gar nicht, nicht aber nur zu einem gewissen Grade bestehen. Denkbar — und dies halten wir für die beste Lösung — ist jedoch, daß dieses Ding zwar existiert, aber mit einem aus dem Formfehler seiner Entstehung entspringenden Rechtsmangel behaftet ist (matrimonium vitiosum)[16]), einem Mangel, der

[10]) In L. Z. 1923 S. 628: „Die sog. nichtige Ehe" ist „in Wirklichkeit nichts anderes als eine anfechtbare".

[10a]) S. 65—71, S. 451 ff.; ähnlich Riezler in Jherings Jahrb. 66 S. 421.

[11]) Staudinger 7./8. Aufl. IV, 1 S. 84 Vorbem. VIIb; Endemann 6. Aufl. II, 646; K.RGR. 5. Aufl. III Bem. 1 zu § 1329; Dernburg IV, 71 Bem. III („legitim"); Lindemann-Soergel 2. Aufl. II, 1277 Bem. 2 zu § 1329; Sartorius S. 345; Hellwig S. 68.

[12]) Staudinger 9. Aufl. IV, 92 Vorbem. III; vgl. die dort Zitierten.

[13]) Cosack 7. Aufl. II, 2 § 36 S. 95 und § 37 S. 97 ff.

[14]) Wie sog. „wilde Ehen".

[15]) K.RGR. 5. Aufl. III, 30.

[16]) Dernburg 3. Aufl. IV, 68 Ziff. II.

darin besteht, daß auf Antrag (Klage) durch antragentsprechendes Urteil sein (vorläufiger) rechtlicher Bestand vernichtet werden kann; in diesem Sinne haben wir von einer vernichtbaren[17]) Ehe gesprochen.

Aus dem Gesagten erhellt, daß wir es bei der vernichtbaren Ehe des § 1329 Satz 2 BGB. mit einem jener nicht gerade häufigen Fälle zu tun haben, bei denen die normative Funktion der Form in einer als Typus B bezeichneten Weise ausgestaltet ist.

II.

Ähnlich wie bei der Ehe war auch bei den Gesellschaften des Handelsrechts die mit der Eintragung in öffentliche Bücher[18]) verbundene Publizität dieser Gesellschaften ausschlaggebend dafür, die sonst aus der Nichteinhaltung gesetzlicher Formvorschriften resultierende Nichtigkeit hier an den Ausspruch des rechtlichen Nicht- bzw. Nichtmehrbestehens der Gesellschaft in einer gerichtlichen Entscheidung (Urteil, Beschluß) zu knüpfen.

a) Dementsprechend bestimmt § 87 des österreichischen Gesetzes vom 6. März 1906 über die Gesellschaften m. b. H.: „Die Auflösung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist auf Antrag der Finanzprokuratur durch Beschluß des Handelsgerichts ihres Sitzes auszusprechen, wenn der Gesellschaftsvertrag der notariellen Beurkundung entbehrt. ... Für das Verfahren gelten die Bestimmungen des § 43.“ Diese Regelung läßt erkennen, daß die Formvorschrift des § 4 Abs. 3 österr. GmbH.G. für die rechtliche Existenz der G. m. b. H.[19]) eine als Typus B bezeichnete normative Funktion hat. Aus der Nichteinhaltung der für den Gesellschaftsvertrag vorgeschriebenen Form, Beurkundung durch einen Notariatsakt, erwächst der Finanzprokuratur als der zur Wahrung des öffentlichen Interesses in zivilrechtlichen Angelegenheiten berufenen Aufsichtsbehörde das Recht, bei dem Handelsgerichte des Sitzes der Gesellschaft die beschlußmäßige Auflösung der Gesellschaft (vgl. § 84 Ziff. 6 a. a. O.) zu beantragen. Der handelsgerichtliche Beschluß hat konstitutive (hier rechtsvernichtende) Bedeutung. Rückwirkende Kraft kommt ihm, wie sich aus der Fassung des Gesetzes ergibt, nicht zu; denn eine „Auflösung“ wirkt entsprechend dem mit diesem Ausdrucke gewöhnlich verbundenen Begriffsinhalt immer nur ex nunc; von einer weitergehenden Fiktion aber hat das Gesetz abgesehen. Somit ist auch die auf privatschriftlichem Quasivertrag, d. h. auf un-

---

[17]) Rabel in RheinZ. VII, 514; Riezler in Jherings Jahrb. 66 S. 415 Note 1; Enneccerus-Wolff 4./5. Aufl. II, 2 § 26 II S. 82 ff.

[18]) Handels-, Genossenschaftsregister.

[19]) Nicht als Bedingung der Gültigkeit des Vertrages selbst!

gesetzlicher Grundlage beruhende G. m. b. H. nach österreichischem Recht als durch die Eintragung (§ 2 österr. GmbH.G.) entstanden und rechtsgültig anzusehen; doch ist ihr rechtlicher Fortbestand durch die Formwidrigkeit des „Gesellschaftsvertrages" nicht unerheblich in Frage gestellt.

b) Im deutschen Recht ist die Frage, welche Bedeutung dem formwidrigen Abschluß des Gesellschaftsvertrages für den rechtlichen Bestand der Gesellschaft zukommt, durch eine ausdrückliche Bestimmung nicht geregelt; denn während § 75 Abs. 1 GmbH.G.[20]) besagt: „Enthält der Gesellschaftsvertrag nicht die nach § 3 Abs. 1 wesentlichen Bestimmungen oder ist eine dieser Bestimmungen nichtig, so kann jeder Gesellschafter ... im Wege der Klage beantragen, daß die Gesellschaft für nichtig erklärt werde", läßt er die Frage offen, ob dies auch dann zu gelten habe, wenn nicht nur einzelne, sondern sämtliche Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags mangels Einhaltung der in § 2 Satz 1 GmbH.G.[21]) vorgeschriebenen Form nichtig sind. Die Lösung der Frage kann in Ermangelung einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung nur durch sinngemäße und zweckentsprechende Auslegung des Gesetzes gefunden werden; da hiemit aber untrennbar die Beantwortung der weiteren Frage verknüpft ist, ob der Mangel der gesetzlichen Form des Gesellschaftsvertrages nicht etwa durch die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister geheilt werde, verschieben wir den Versuch, zu den angeschnittenen Fragen Stellung zu nehmen, auf den zweiten Teil dieser Arbeit, wo von Formheilungserscheinungen im Zusammenhang gehandelt werden soll.

c) Nach Art. 21 Abs. 2 des Gesetzes vom 24. Juli 1867 kann die Gründung der société annonyme des französischen Rechts durch privatschriftlichen Vertrag erfolgen; dasselbe gilt gemäß Art. 1 dieses Gesetzes für die société en commandite par actions[22]). Da aber eine mündliche Errichtung des Gesellschaftsvertrages praktisch kaum in Frage kommen dürfte, erübrigt sich in diesen Fällen die Erörterung der Frage, ob bei Nichtbeobachtung der Form[23]) eine Möglichkeit, den Formmangel zu heilen, gegeben sei oder nicht. Die genannten Fälle des französischen Gesellschaftsrechts scheiden deshalb bei den nachfolgenden Betrachtungen aus.

---

[20]) Analoge Bestimmungen enthalten § 309 HGB. für die Aktiengesellschaft und § 94 GenG. für die Genossenschaft.

[21]) § 182 Abs. 1 HGB.; § 5 GenG.

[22]) Die völlige Formlosigkeit der Gründung einer association commerciale en participation endlich ist in Art. 50 C. de comm. niedergelegt.

[23]) Also wenn weder ein privatschriftlicher noch ein notarieller Gesellschaftsvertrag geschlossen worden ist.

III.

Die französischen Schriftsteller [24]) sprechen wiederholt von „Formvorschriften zugunsten Minderjähriger" und verstehen hierunter die Art. 1314, 457 ff., 1309 C. civ., wonach gewisse Rechtsgeschäfte Minderjähriger der autorisation du conseil de famille bzw. der homologation du tribunal bedürfen. Schließt man sich dieser Auffassung an, sieht man also in der Tat in den genannten Bestimmungen Form vorschriften des französischen Privatrechts, so ist man veranlaßt, die dort normierten Formerfordernisse rücksichtlich ihrer normativen Funktion unter die mit B bezeichnete Gruppe von Formerfordernissen einzureihen; denn bei Nichteinhaltung dieser Formerfordernisse ist das betreffende Rechtsgeschäft annulable, d. h. mit der action en nullité des Art. 1304 C. civ. rückwirkend vernichtbar. Es widerstrebt jedoch der deutschrechtlichen [25]) Auffassung vom Wesen der Form, in den genannten Rechtsbedingungen „Formerfordernisse" zu sehen; wir sind gewohnt, derartige Elemente des gesetzlichen Tatbestandes nicht als eine besondere „Form" des Rechtsgeschäfts (vor allem nicht der Willenserklärung des Minderjährigen!) zu betrachten, sondern als selbständige weitere Tatbestandserfordernisse, die zu dem rechtsgeschäftlichen Tatbestand mit einer dem Funktionstypus der Formgruppe B allerdings gleichgearteten normativen Bedeutung hinzutreten. Aus diesem Grunde werden wir im folgenden die soeben erwähnten Fälle als außerhalb des Rahmens dieser Arbeit gelegen außer Betracht lassen.

§ 4.

Typus C. Die Form als Klagbarkeitsbedingung.

Als Typus C haben wir die zur Bedingung der Klagbarkeit des Geschäfts ausgebaute Form bezeichnet, deren Mangel zur Folge hat, daß das Geschäft nur in Gestalt einer natürlichen Verbindlichkeit besteht. Das wesentlichste Kennzeichen der letzteren ist das Fehlen jeder rechtlichen Erzwingbarkeit der geschuldeten Leistung; welche Rechtswirkungen der einzelnen Naturalobligation zukommen, läßt sich nicht allgemein bestimmen, sondern muß an Hand des positiven Rechts und der jeweils in Frage kommenden Rechtsnormen geprüft werden. Minimum aller rechtlichen Wirkungsfähigkeit der natürlichen Verpflichtung ist ihre rechtliche Erfüllbarkeit (soluti retentio) [1]).

---

[24]) z. B. Planiol, Tr. II, 371 Nr. 1084 und 1086.

[25]) Ebenso für das schweizerische Privatrecht: v. Tuhr, O. R. § 30 I S. 208; Oser Bem. III zu Art. 11.

[1]) Die Naturalobligation ist daher nichts, wie ihr Name zu sagen scheint, von der Vollobligation Wesensverschiedenes, sondern nur ein in seinen Rechtswirkungen unvollständig gebliebener Torso einer Vollobligation.

Formtypus C findet sich vor allem in älteren Kodifikationen, wie dem preußischen ALR.[2]) und dem österreichischen a. BGB. So bestimmt der in seiner praktischen Bedeutung durch das sog. Notariatszwangsgesetz vom 25. Juli 1871 allerdings erheblich herabgeminderte[3]) § 943 a. BGB.: „Aus einem bloß mündlichen, ohne wirkliche Übergabe geschlossenen Schenkungsvertrage erwächst dem Geschenknehmer kein Klagerecht. Dieses Recht muß durch eine schriftliche Urkunde begründet werden."[4]) Im übrigen scheint es, als habe im Gebiet des österreichischen Privatrechts die Form regelmäßig die Funktion einer Existenzbedingung des Rechtsgeschäfts (Typus A); denn von den soeben genannten Bestimmungen, welche die Form zur Voraussetzung der Klagbarkeit des Geschäfts machen (Typus C), abgesehen, wird die Einhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Form nach dem Wortlaut des Gesetzestextes regelmäßig als zur Gültigkeit des Geschäftes erforderlich bezeichnet[5]). Wir werden jedoch bei Besprechung von Heilungserscheinungen an formal mangelhaften obligatorischen Rechtsgeschäften im Gebiet des österreichischen Privatrechts Veranlassung haben, darauf hinzuweisen, daß jene aus der terminologischen Fassung des Gesetzes resultierende Auffassung dem wahren materiellrechtlichen Sachverhalt nicht gerecht wird, daß vielmehr die normative Funktion der Form im österreichischen Obligationenrecht durchweg in der als Typus C bezeichneten Weise ausgebildet ist.

Zweiter Teil.

Heilungserscheinungen bei Formmängeln obligatorischer Rechtsgeschäfte.

§ 1.

Terminologisches.

Unter dem Namen „Heilungserscheinungen" fassen wir alle Rechtsnormen zusammen, die insofern scheinbare Unregelmäßigkeiten darstellen, als sie entweder ein nach Typus A formnichtiges, also recht-

[2]) I, 5 § 155. Vgl. dazu Förster, Preuß. Privatrecht 7. Aufl. I, 472 ff.
[3]) Nämlich nur noch in Tirol geltende.
[4]) Ein weiteres Beispiel bietet § 2 Satz 1 i. V. mit § 1 des Ges. vom 7. Nov. 1862 betr. das Promessengeschäft.
[5]) z. B. §§ 1278 Abs. 2, 1346 Abs. 2 a. BGB.; § 1 des Notariatszwangsgesetzes, § 76 GmbH.G („zur Übertragung ... bedarf es ...").

lich nicht existentes Geschäft unter gewissen Voraussetzungen dennoch die Rechtswirkungen eines gültigen Geschäfts oder wenigstens einzelne derselben hervorbringen oder aber ein der Form des Typus B ermangelndes Geschäft bei nachträglichem Hinzutritt gewisser Ereignisse zu einem fehlerfreien, vollwirksamen und unanfechtbaren Geschäft konvaleszieren lassen. Ein weiteres gemeinsames Kennzeichen aller Heilungserscheinungen aufzustellen, ist bei der Verschiedenartigkeit ihrer normativen Ausgestaltung im Einzelfalle wie innerhalb der einzelnen Rechtssysteme ausgeschlossen. Der Grund, weshalb wir von einer nur scheinbaren Unregelmäßigkeit sprechen können und müssen, ist der, daß sich die rechtliche Natur des Heilungsvorganges in dem die Heilung normierenden Rechtssatze entweder überhaupt nicht oder in einer ihr Wesen verschleiernden oder entstellenden Weise ausgedrückt findet[1]), wodurch der Anschein erweckt wird, als handle es sich um theoretische Inkonsequenzen. Aufgabe der Rechtswissenschaft ist es, diese problematischen Erscheinungen zu analysieren, ihre rechtliche Natur klarzustellen und die sich hieraus ergebenden Konsequenzen zu entwickeln.

Der herrschende Sprachgebrauch verwendet die Ausdrücke „Heilung" und „Konvaleszenz" synonym. Hierzu gab allerdings der in der Medizin durch den Ausdruck „Heilung" vermittelte Begriffsinhalt Anlaß; mit ihm verband sich die Vorstellung, es handle sich um den Wegfall funktioneller Mängel an im übrigen immerhin schon funktionsfähigen Gebilden. Es war naheliegend, hieraus die logische Folgerung zu ziehen, beim Fehlen einer dem Typus A unterfallenden Form sei eine „Heilung" (d. i. Konvaleszenz!) ausgeschlossen, „begrifflich unmöglich"[2]), oder, wie Staudinger[3]) es ausdrückte, „der Begriff der Nichtigkeit schließe logischerweise den der Unheilbarkeit ein". Denn, sagte man, das formnichtige Geschäft ist etwas rechtlich überhaupt nicht Bestehendes; etwas nicht Vorhandenes kann aber logischerweise auch nicht geheilt werden, „d. i." konvaleszieren, erstarken. Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere[4]). Demgegenüber hat bereits Hummel[5]) betont, es sei zweckmäßiger und logisch richtiger, den Ausdruck Konvaleszenz auf diejenigen Fälle zu beschränken, in denen ein rechtlich bereits existenter, wenn auch noch mit rechtlichen Mängeln behafteter rechtsgeschäftlicher Tatbestand gegeben ist, der als

---

[1]) Dem gegenüber müssen wir natürlich zugeben, daß es gar nicht Aufgabe des Gesetzgebers ist, rechtliche Konstruktionen zu geben oder auch nur durch den Gesetzestext anzudeuten.

[2]) Crome I (1900) 355.

[3]) 2. Aufl. I, 410.

[4]) I, 29, 210 Dig. de R. J. 50, 17.

[5]) Diss. 1903.

Substrat des Konvaleszenzvorganges angesehen werden kann [6]). Diesem Vorschlage folgend, werden wir den Ausdruck „Konvaleszenz" nur mit Beschränkung auf diejenigen Fälle verwenden, bei denen Formwidrigkeiten die normativfunktionelle Bedeutung eines nur existenz bedrohenden Umstandes (Formtypus B) haben, und sehen daher in dem Konvaleszieren eines der gesetzlichen Form entbehrenden rechtsgeschäftlichen Tatbestandes nur einen Spezialfall jener allgemeinen, unter dem Namen „Heilung von Formmängeln" zusammengefaßten Erscheinung des Privatrechts.

I. Abschnitt.

Die Innominatrealkontrakte des deutschen Privatrechts.

§ 2.

Die einzelnen Fälle.

Trotz der logischen Unvereinbarkeit von Nichtigkeit und Konvaleszenz scheint es, als sei es dennoch kraft positiver Gesetzesvorschrift möglich, daß ein der Form des Typus A ermangelndes Geschäft durch Hinzutritt eines neuen Ereignisses konvalesziere. Denn § 313 BGB. bestimmt: „Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Ein ohne Beobachtung dieser Form geschlossener Vertrag wird seinem ganzen Inhalte nach gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen." [1]) Ferner

---

[6]) Dies sind vor allem die Fälle der §§ 108, 185, 362 Abs. 2 BGB.

[1]) Gemäß § 11 Abs. 2 der VO. vom 15. Januar 1919 findet § 313 BGB. auf Verträge Anwendung, durch die sich der Eigentümer eines Grundstücks zur Bestellung eines (erst neu zu errichtenden) Erbbaurechtes verpflichtet. Ob § 313 Satz 2 BGB. auch auf Verträge Anwendung findet, durch die sich der eine Teil zur Übertragung bereits bestehender Erbbaurechte verpflichtet, ist bestritten. Kober bei Staudinger Erg.-Bd. 1920 Bem. II, 1b zu § 11 VO. bejaht die Frage mit Recht, indem er darauf hinweist, diese Folgerung ergebe sich aus § 11 Satz 1 VO., welcher sagt: „Auf das Erbbaurecht finden die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften mit Ausnahme der §§ 925, 927, 928 BGB. entsprechende Anwendung, soweit sich nicht aus dieser Verordnung ein anderes ergibt." Glaß-Scheidt, Komm. zur VO. über das Erbbaurecht (1919) S. 96 Bem. II, 2b und S. 87 Bem. I, 5 wendet hiergegen ein, § 313 Satz 2 BGB. könne auf Erbbaurechte in Zukunft keine Anwendung mehr finden, da die Bestellung und Übertragung derselben nicht mehr wie nach BGB. in Form der Auflassung, sondern gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 VO. in Verbindung mit § 873 BGB. durch Einigung der Beteiligten und Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erfolge, während § 313 Satz 2 BGB. Heilung der fehlenden Form nur bei Vornahme von Auflassung und Eintragung vorsehe. Eine solche Auslegung klebt jedoch allzu ängstlich am Wort-

bestimmt § 518 BGB.: „Zur Gültigkeit eines Vertrages, durch den eine Leistung schenkweise versprochen wird, ist die gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Versprechens erforderlich. Der Mangel der Form wird durch die Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt." Diese Bestimmung findet gemäß § 2301 Abs. 2 BGB. auch auf den Fall Anwendung, daß der Schenker „durch Leistung des zugewendeten Gegenstandes" eine Schenkung vollzieht, die er unter der Bedingung versprochen hatte, daß der Beschenkte die Schenkung überlebt. — In § 766 BGB. verlangt das Gesetz zur Gültigkeit des Bürgschaftsvertrages die schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung; doch wird, soweit der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt, der Mangel der Form geheilt. Endlich bedarf nach § 15 Abs. 4 GmbH.G. eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung eines Gesellschafters zur Abtretung eines Geschäftsanteils begründet wird, der gerichtlichen oder notariellen Form. Eine ohne die Form getroffene Vereinbarung wird jedoch durch den in gerichtlicher oder notarieller Form geschlossenen Abtretungsvertrag im Sinne des § 15 Abs. 3 GmbH.G. gültig. — Der Fall der Heilung eines Formmangels liegt dagegen nicht vor bei § 566 BGB. Ein formlos für längere Zeit als ein Jahr geschlossener Mietvertrag über ein Grundstück ist vollgültig und rechtswirksam, bedarf also nicht irgendeiner Heilung; lediglich seine Wirksamkeitsdauer ist im Wege einer gesetzlichen Fiktion („gilt") geändert [2]).

In der Tat hat man fast allgemein [3]) in den Bestimmungen der §§ 313 Satz 2, 518 Abs. 2 BGB. eine Durchbrechung des Grundsatzes der Unvereinbarkeit von Formnichtigkeit und Konvaleszenz gesehen. Immerhin wäre eine derartige Durchbrechung noch keine „bedauernswerte Tatsache", wie einige Schriftsteller [4]) es darzustellen pflegen. Die erwähnten Vorschriften sind, wie Protokolle und Motive zum BGB.

---

laut der gesetzlichen Bestimmungen und übersieht dabei, daß sowohl § 11 Abs. 1 wie § 11 Abs. 2 VO. eine entsprechende, d. h. sinngemäße Anwendung der Normen des BGB. verlangt. Eine solche ergibt aber, daß an Stelle der Auflassung, die jetzt beim Erbbaurechte nicht mehr zur Anwendung kommt, die Einigung als solche tritt und daß sowohl ein auf Bestellung wie ein auf Übertragung von Erbbaurechten gerichteter Verpflichtungsvertrag, der ohne Beobachtung der in § 313 Satz 1 BGB. vorgeschriebenen Form geschlossen wurde, durch nachfolgende Einigung (§ 873 BGB.) und Eintragung geheilt wird.

[2]) Vgl. Staudinger 7./8. Aufl. Bem. III, 1 zu § 566; Oertmann 3./4. Aufl. Bem. 4a zu § 566; RG. 59, 246; Mittelstein, Die Miete 2. Aufl. S. 96; falsch daher die systematische Einreihung bei Matthiaß 5. Aufl. § 51 III C.

[3]) Mot. IV, 50; Dernburg 3. Aufl. I, 459; Endemann 6. Aufl. I, 274; Staudinger 7./8. Aufl.; Staub 9. Aufl. Bem. 83 zu § 350 HGB.; Fr. Staub, Diss. 1913 S. 24; Tochtermann, Diss. 1902 S. 54.

[4]) Vgl. Staub, Diss. 1913 S. 24 f.

ausweisen, einem praktischen Bedürfnis entsprungen [5]). Warum sollte es nun dem Gesetzgeber als dem Schöpfer des Rechtsinstitutes der Formnichtigkeit nicht freistehen, entgegen etwaigen metarechtlichen Gesetzen der Logik der „Totgeburt" des formnichtigen Geschäfts „Leben einzuhauchen" und die (logischen) Konsequenzen der Formnichtigkeit dort beiseite zu schieben, wo ihm dies aus rechtspolitischen Gründen zweckmäßig erscheint? Da jedoch die intellektuelle Veranlagung des Rechtsbetrachters bestrebt ist, die Normen der Rechtsordnung so lange wie möglich mit den Gesetzen der Logik in Einklang zu bringen [6]), werden auch wir im folgenden eine die Anforderungen der Logik befriedigende Lösung des Problems zu geben versuchen.

1. Kapitel.

Rechtliche Natur.

§ 3.

Realkontraktion.

a) Für das volle Verständnis der §§ 313, 518, 766 BGB., § 15 GmbH.G. ist es notwendig, von deren rechtspolitischer Funktion, d. h. dem metarechtlichen Zweck auszugehen, den der Gesetzgeber mit ihnen verfolgt. Wie die Entstehungsgeschichte der genannten Bestimmungen und die Motive erkennen lassen, besteht dieser Zweck vorwiegend darin, den unüberlegten Abschluß der betroffenen Geschäfte zu verhindern, sei es, weil der Gegenstand des Geschäfts von besonderer Wichtigkeit ist (Grundeigentum, Erbbaurecht), sei es, weil die Vertragsgattung als solche die Gefahr unüberlegten Handelns in sich birgt (§§ 518, 766 BGB.). Daher verlangt der Gesetzgeber eine hochwertige Sicherheit für den ernstlichen Geschäftswillen der Parteien. Diese sieht er einmal in der Einhaltung einer bestimmten Form bei Abschluß des obligatorischen Vertrages. Wenn die Parteien gezwungen sind, zwecks Abschluß eines rechtsgültigen Vertrages zum Gericht oder Notar zu gehen (§§ 313 Satz 1, 518 Abs. 1, 766 Satz 1 BGB., § 15 Abs. 4 Satz 1

---

[5]) Vgl. den folgenden Paragraphen lit. a.

[6]) Über die „reflexive Stellung" der Rechtswissenschaft dem Rechte gegenüber vgl. neuerdings wieder Siegfr. Marck, Substanz- und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie, Tübingen 1925, S. 59 ff. sowie S. 73 lit. c: „Sie hat gegenüber dem Rechte und seiner immanenten ... Logik ... in Anknüpfung an sie einen höheren Grad selbstbewußter Klarheit ... zu erreichen ..." und S. 78: „Sie will den logischen Feingehalt aus den in die Praxis verflochtenen Urteilen des Rechtes herausheben, indem sie deren Begriffe schärfer erfaßt und in einen systematischen Zusammenhang hineinstellt."

GmbH.G.) bzw. eine schriftliche Urkunde über die Bürgschaftserklärung auszustellen, darf mit erhöhter Wahrscheinlichkeit[1]) angenommen werden, daß ihre Willensentschlüsse reiflicher Überlegung entsprungen sind[2]).

Dieselbe Sicherheit verbürgt zum andern die Tatsache, daß die Parteien das gewollte Kausalgeschäft bereits realiter zur Ausführung bringen. Kloeppel[3]) meint in diesem Sinne sogar, die Tat stehe turmhoch über der Form. Jedenfalls ist der obligatorische Vertrag final; sein Zweck, die Herbeiführung einer gewissermaßen dinglichen Verschiebung wirtschaftlicher Werte, wirkt motivierend für den Abschluß des Kausalgeschäfts. Der obligatorische Vertrag ist mithin das Mittel, durch welches die Parteien diesen Zweck erreichen wollen.

Ist das dingliche Bewirkungsgeschäft vollzogen, der obligatorische Vertrag also erfüllt, so hat der letztere seinen Zweck erreicht. Es erscheint mit Rücksicht auf die prophylaktische Bedeutung der Form nicht angebracht, auch dann noch das Mittel zu leugnen, dessen sich die Parteien bedienen wollten. Wir sehen deshalb die Rechtsordnung ein Zugeständnis an die „Macht der Tatsachen" machen; die wirtschaftliche Verschiebung von Vermögenswerten, die in der Welt der letzteren längst historisches Faktum geworden ist, will sie nicht noch nach Jahrzehnten[4]) als nicht zu Recht geschehen betrachten. Vielmehr verzichtet sie auf die Einhaltung der für den kausalen Vertrag vorgeschriebenen Form, wenn sie sieht, daß der mit letzterem beabsichtigte Zweck, die Verschiebung von wirtschaftlichen Werten, in der Welt des Faktischen bereits eingetreten ist: §§ 313 Satz 2, 518 Abs. 2, 766 Satz 2 BGB., § 15 Abs. 4 Satz 2 GmbH.G.

Damit stellt der Gesetzgeber den Parteien offenbar zwei Wege zur Verfügung[5]), auf denen diese ihr Ziel erreichen können: den Abschluß eines formalen Konsensualvertrages und den eines formlosen[6]) Real-

---

[1]) Dies muß genügen, absolute Sicherheit kann nicht gewährleistet werden.

[2]) Prot. I, 461, 459; Prot. II, 462 f.; Mot. II, 190, 293, 660; Denkschrift 1896 S. 47; Hachenburg, Vortr. 2. Aufl. S. 86 ff.; Reichel, ArchZivPrax. 104, 1 ff.

[3]) Bei Gruchot 32, 611.

[4]) Denn damit, daß die Rechtsordnung den aus dem formnichtigen Geschäft entspringenden Kondiktionsanspruch gemäß §§ 194, 195 BGB. nach 30 Jahren untergehen läßt, erkennt sie noch nicht das formnichtige Geschäft als nunmehr rechtsgültig an; s. oben I. Teil II. Abschn. § 2 a. E.

[5]) Wie er dies z. B. auch in § 1154 Abs. 1, 2 BGB. tut.

[6]) Nur ausnahmsweise ist, wie z. B. bei der Übertragung von Grundeigentum, die reale Leistung an eine Form gebunden; in der traditio dagegen kann keine „Form" im strengen Sinne des Wortes gesehen werden (h. M.).

vertrages; „denn sinngemäß kann es keinen Unterschied begründen, ob die reale Leistung nachträglich zu einem früheren formnichtigen Quasivertrage heilend hinzutritt, oder aber sich von vornherein als wesentlicher untrennbarer Bestandteil eines (rechtlich erst damit zustandekommenden) Realvertrages darstellt“ [7]).

b) Freilich gebrauchen wir damit den Ausdruck „Realvertrag“ in einem etwas anderen Sinne, als er im römischen Recht geläufig war. Nach altrömischer Auffassung erzeugte das bloße Versprechen, der formlose Vertrag (nudum pactum), überhaupt keine klagbare Verpflichtung. Die rechtliche Erzwingbarkeit war dadurch bedingt, daß der Gläubiger dem Schuldner etwas geleistet hatte; der verpflichtende Grund beruhte auf der Leistung (res) von der anderen Seite [8]). Die Gegenleistung wurde also erst in dem Augenblicke klagbar, wo der andere Teil seine Leistung bewirkt hattte; dann wurde nicht auf Grund des Konsenses als solchen, sondern auf Grund der Tatsache geklagt [9]), daß zu dem Konsens eine Vermögenshingabe hinzugetreten war [10]).

Dabei unterschied man seit der Kaiserzeit zwischen benannten oder Nominatrealkontrakten [11]), die sich als aus Eigentums- oder Besitzabtretung des einen und Rückgabeverpflichtung des anderen Teiles zusammengesetzte [12]) Verträge darstellten, und unbenannten oder Innominatrealkontrakten [13]), bei denen Leistung und Gegenleistung der verschiedensten Art sein konnten. „Die innere Natur der benannten und der unbenannten Realkontrakte ist eine durchaus verschiedene. Die benannten Realkontrakte ... beruhen auf der Hingabe mit Vorbehalt der Rückgabe ... Es wird wirklich re kontrahiert, die res gibt den Grund und Inhalt der Verpflichtung ... Ganz anders bei den „unbenannten“ Realkontrakten. Diese bedeuten die Hingabe zum Zwecke der Gegengabe, ... sind Verträge über den wechselseitigen Austausch von Leistungen und deshalb ihrer Natur nach als Konsensualkontrakte veranlagt ... Die res als solche gibt hier weder über den Grund noch über den Inhalt der empfängerischen Verpflichtung Aufschluß ... Das gegenseitige Versprechen bestimmt allein den Inhalt des Ver-

---

[7]) Nach Oertmann, ZblFG. 1916, 589 ff.

[8]) Kuhlenbeck, Von den Pand. z. BGB. § 30 S. 213; man verweist in diesem Zusammenhang gewöhnlich auf die Etymologie der Ausdrücke debere (aus de-habere), credere (von dare).

[9]) actio praescriptis verbis.

[10]) Sohm, Inst. 17. Aufl. S. 391. Hierzu und zu dem Folgenden vgl. auch Salkowski, Instit. 9. Aufl. § 134 III S. 354 und § 146 S. 395 ff.; sowie Kipp-Windscheid 9. Aufl. II, 279 § 312 Note 4.

[11]) mutuum, depositum, comodatum, pignus.

[12]) Dernburg, Röm. Recht 8. Aufl. II, 549.

[13]) z. B. permutatio und contractus aestimatorius.

trages. Lediglich die Enge des positiven römischen Zivilrechts, welches den Konsens nur ausnahmsweise als klagbar anerkennt, hat diese Austauschverträge genötigt, die Form des Realkontrakts anzunehmen. ..."[14])

c) Es ist klar, daß wir es in den Fällen der §§ 313 Satz 2, 518 Abs. 2, 766 Satz 2 BGB., § 15 Abs. 4 Satz 2 GmbH.G. nicht mit den „alten, geborenen, unsterblichen" Nominatrealkontrakten, sondern mit einer den unbenannten Realverträgen wesensverwandten Erscheinung des deutschen Rechts zu tun haben. Wesensverwandt, nicht wesensgleich vor allem deswegen, weil sich die reale Leistung in den Fällen des BGB. nicht wie in den römischen Fällen durch traditio, sondern (zumeist wenigstens) durch Übereignung vollzieht. Dies allein kann jedoch nicht hindern, den Ausdruck „Realvertrag" auch auf die vorliegenden Erscheinungen zu übertragen, da eine Vergleichung beider Rechtskreise ergibt, daß wie beim Kauf, so bei allen ähnlichen Verträgen an die Stelle der Verpflichtung zur bloßen traditio und zum habere licere im modernen Recht allgemein die Verpflichtung des Veräußerers zur Übergabe und Eigentumsverschaffung getreten ist (vgl. § 433 BGB.). Als eine Art unbenannter Realverträge aber müssen wir die vorliegenden Erscheinungen deswegen bezeichnen, weil, abgesehen von der nur unvollkommenen Zweiseitigkeit des Schenkungs- und Bürgschaftsvertrages, sich der Inhalt der gegnerischen Leistung hier nicht wie bei den „echten" Realverträgen nach der empfangenen res, sondern allein nach dem gegenseitigen Versprechen bestimmt. Es wäre daher falsch, zu sagen, etwa der Grundstücksveräußerungsrealvertrag würde „durch" die Übereignung des Grundstücks geschlossen. Dieser bildet vielmehr nur den Abschluß, das Endstück eines aus zwei gleichartigen Teilen zusammengesetzten Gesamttatbestandes. Die formlosen Abreden obligatorischer Art sind als solche und ohne das Hinzutreten des res ungültig = nichtig; an dieser aus der kategorischen Fassung des § 125 BGB. sich ergebenden Folgerung kann nicht gerüttelt werden. Trotzdem sind sie kein rechtliches Nichts; vielmehr haben sie die Fähigkeit, durch das Hinzutreten der realen Leistung rechtsgültig zu werden, d. h. es besteht die Möglichkeit, sie unter einer doppelten rechtlichen Tatbestandsfigur zu erfassen. Als formaler Konsensualvertrag (§§ 313 Satz 1, 518 Abs. 1 BGB. usw.) sind sie mangels Form nichtig; verbunden mit der erforderlichen realen Leistung jedoch erfüllen sie den Tatbestand der §§ 313 Satz 2, 518 Abs. 2 BGB. usw.

Gegen die Annahme eines solchen aus zwei gleichwertigen Teilen bestehenden Gesamttatbestandes läßt sich nicht der Wortlaut des § 313

---

[14]) Sohm a. a. O. S. 400 Anm. 8.

Satz 2 BGB. ins Feld führen. Wohl sagt derselbe: „Ein ohne Beobachtung dieser Form geschlossener Vertrag wird seinem ganzen Inhalte nach gültig, wenn ...“ Allein hieraus kann keineswegs geschlossen werden, daß der formwidrig geschlossene „Vertrag“ damit dem späteren dinglichen Geschäft als etwas Fertiges, für sich Bestehendes, rechtlich irgendwie Anerkanntes bewußt gegenübergestellt und fortan nicht etwa der aus den Stücken a (formwidrige Abreden) und b (Übereignungsakt) zusammengesetzte Gesamttatbestand, sondern der alte formlose konsensuale Vertrag als gültig behandelt werden soll. Wäre dem so, dann allerdings könnte man, wie Oertmann[14a]) mit Recht ausführt, unmöglich annehmen, daß durch das spätere Hinzutreten der res ein früher geschlossener, in sich abgegrenzter konsensualer Vertrag nachträglich in einen Realvertrag umgewandelt würde. Allein eine solche Auffassung würde die gegebene Rechtslage verkennen. Nur vom Standpunkt des ersten Satzes des § 313 BGB. aus erscheinen die formwidrigen obligatorischen Vereinbarungen der Parteien als etwas in sich Geschlossenes, begrifflich Zusammenfaßbares, als ein Quasivertrag. Vom Standpunkt des zweiten Satzes aus — und gerade um diesen handelt es sich bei der Frage, ob ein Realvertrag angenommen werden könne oder nicht — stellen sie sich als ein ergänzbares Tatbestandsstück dar, dessen ergänzender Teil in der realen Leistung besteht. Ein „Vertrag“ im Rechtssinne liegt somit trotz der anscheinend entgegenstehenden Formulierung des Gesetzes in dem formlosen Konsens nicht vor. Es handelt sich eben im Grunde um den bereits oben[15]) erwähnten Sprachgebrauch, der trotz des inneren Widerspruches von „nichtigen Rechtsgeschäften“ redet und dessen sich auch das Gesetz in § 313 Satz 2 BGB. bedient. Es ist unzulässig, aus ihm Schlüsse auf die rechtliche Natur der Heilung zu ziehen, wie Oertmann dies tut, wenn er aus der Fassung des § 313 Satz 2 BGB. folgert, der formlose Konsens und die reale Leistung seien als Tatbestandsstücke nicht „gleichwertig“, also nicht fähig, zu einem den Tatbestand des Realvertrages erst in ihrer Summe erfüllenden Gesamttatbestand zusammen zu treten. Wohl können die formwidrigen Vereinbarungen obligatorischen Inhalts unter dem Gesichtswinkel des § 313 Satz 1 BGB. als „formnichtiger Konsensualvertrag“ bezeichnet werden; allein dieser Standpunkt muß — sofern man überhaupt zu einem perspektivisch richtigen Bild, d. h. zu einem konstruktiven Ergebnis gelangen will —, in demselben Augenblick aufgegeben werden, wo man die formlosen Abreden vom Standpunkte des zweiten Satzes des § 313 BGB. ins Auge faßt. Was fortan Gültigkeit

---

[14a]) ZblFG. 1916, 589 ff.
[15]) I. Teil I. Abschn. § 1.

haben soll, ist trotz der an dem herkömmlichen Sprachgebrauch klebenden Formulierung des Gesetzes nicht der formwidrige, alte konsensuale Vertrag, sondern höchstens „die unter dem Hinzutritt der realen Leistung rechtsgültig gewordenen, den obligatorischen Inhalt dieses (neuen) Vertrages darstellenden Parteivereinbarungen", mit anderen Worten: der Inhalt eines aus der Summe von formlosen Abreden und realer Leistung durch gedankliche Synthese gewonnenen Rechtsbegriffes „Realvertrag".

Damit ist zugleich dem Einwand begegnet, etwas, was nichtig, d. h. rechtlich nicht existent sei, könne nicht Bestandteil eines anderen später geschlossenen (Real-)Vertrages sein. Denn nur vom Standpunkt der einen Norm (x) aus erscheint der gegebene Tatbestand als von der Rechtsordnung negiert. Vom Standpunkt der Norm y aus dagegen muß er als unvollkommener, ergänzungsbedürftiger, aber auch ergänzungsfähiger Teil einer gesetzlichen Tatbestandsfigur bezeichnet werden. Damit, daß ein gegebenes Faktum den Anforderungen einer Norm x nicht genügt, ist keineswegs gesagt, daß dieses konkrete Faktum nun auch unfähig ist, den Tatbestand irgendeiner anderen Norm y, sei es mit (Innominatrealkontrakte), sei es ohne (Konversion) Hinzutritt eines neuen Tatumstandes, zu erfüllen, der Grund dafür, weshalb wir es abgelehnt haben, das nichtige Geschäft schlechthin als ein rechtliches Nichts zu bezeichnen. Im übrigen haben wir bereits oben[16]) darzulegen versucht, daß zwischen nichtigem Geschäft und negotium non existens ein Wesensunterschied nicht besteht. Die Möglichkeit eines unmittelbaren Zusammenfallens beider von der Gegenmeinung verteidigter Begriffe in einem Objekt, d. h. einem konkreten Tatbestand zeigt sich in den Bestimmungen der §§ 313, 518, 766 BGB.

Tritt somit zu den formlosen konsensual-obligatorischen Vereinbarungen die Realleistung als weiteres Tatbestandsstück hinzu, so erleben wir, nicht daß etwas Nichtiges Tatbestandsstück eines rechtsgültigen (Real-)Vertrages wird, sondern den Übertritt eines bisher unvollständigen, nunmehr ergänzten Tatbestandsbruchstückes in die Sphäre des Rechts, die „Geburt eines Rechtsgeschäftes", nämlich eines rechtsgültigen Vertrages, wie sie, ohne daß dies besonderes Erstaunen erweckt, jedesmal dann in Erscheinung tritt, wenn ein Rechtsgeschäft, zu dessen Gültigkeit das Gesetz kumulativ mehrere zeitlich trennbare Erfordernisse aufstellt (z. B. das Wechselgeschäft), dadurch gewissermaßen zusammengesetzt wird, daß man in zeitlicher Aufeinanderfolge die einzelnen zur Gültigkeit des Geschäfts erforderlichen Elemente zusammenträgt[17]).

[16]) I. Teil I. Abschn. § 1.

[17]) Zu unseren Ausführungen über den „Gesamttatbestand" der Innominatrealkontrakte des deutschen Rechts vgl. die Darlegungen Schloß-

d) Mit der Annahme eines solchen Gesamttatbestandes sind wir zugleich der Notwendigkeit enthoben, in das dingliche Bewirkungsgeschäft („Auflassung", „dingliche Einigung" usw.) obligatorische Momente hineinzudeuten, die nicht darin sind. Das dingliche Leistungsgeschäft ist ein abstrakter Rechtsakt, welcher der Aufnahme obligatorischer Elemente nicht fähig, aber auch bei Innominatrealverträgen nicht bedürftig ist[18]). Bei Bewirkung der realen Leistung bedarf es weder der neuerlichen Verabredung des obligatorischen Inhaltes des Innominatrealvertrages, noch einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Bezugnahme auf die früher getroffenen Vereinbarungen obligatorischer Art. Denn Inhalt und Umfang des entstehenden Realvertrages bestimmen sich auch ohne jede Bezugnahme nach den formlosen, konsensual-obligatorischen Abmachungen. Eben deshalb sind letztere bei Innominatrealverträgen unentbehrlich. Den Inhalt des Vertrages aus der empfangenen res zu bestimmen, ist unmöglich. Hier zeigt sich am deutlichsten, daß die Verträge nach §§ 313 Satz 2, 518 Abs. 2, 766 Satz 2 BGB., § 15 Abs. 4 Satz 2 GmbH.G. als Innominatrealkontrakte „ihrer Natur nach" konsensual veranlagt sind — dies soll und kann gar nicht geleugnet werden — und daß es lediglich die „Enge" des — dort römischen, hier deutschen — Rechts ist, die dem formlosen Konsens — dort grundsätzlich, hier unter der Herrschaft des Prinzips der Formfreiheit ausnahmsweise — die Rechtsgültigkeit versagt.

Sehen wir somit in den formlosen obligatorischen Abreden einerseits und der realen Leistung andererseits zwei einander gleichwertige Tatbestandsstücke, die erst in ihrer Verbindung den vollen Tatbestand des Innominatrealvertrages ausmachen, so nehmen wir damit doch noch nicht eine derart innige Verschmelzung beider Teile vor, daß beide ihre rechtliche Selbständigkeit verlieren. Wir lehnen vielmehr einen Gesamttatbestand i. S. des § 139 BGB. schon deswegen ab, weil regelmäßig zwischen obligatorischen Verabredungen und Realleistung ein größerer zeitlicher Zwischenraum liegen wird, der es nicht gestattet, beide als ein zu einer homogenen Masse verschmolzenes Geschäft aufzufassen. Die reale Leistung als abstraktes Geschäft wird also in ihrer Rechtggültigkeit nicht dadurch beeinträchtigt, daß der gesamte Realvertrag etwa wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig ist, vielmehr muß auch in diesem Falle eine Kondiktion der Realleistung stattfinden; m. a. W. das dingliche Leistungsgeschäft büßt seine abstrakte Natur nicht dadurch ein, daß es als gleichwertiges Tatbestandsstück zu

---

manns in Jherings Jahrb. 45 S. 1 ff., besonders S. 90 über die Natur der benannten Realkontrakte als „komplexe Tatbestände".

[18]) Ebenso Oertmann a. a. O.; Daimer in BayNotV. 1926 S. 96.

den formlosen konsensual-obligatroischen Abreden hinzutritt. Es hört nicht auf, ein in sich geschlossenes, abgesonderter rechtlicher Beurteilung fähiges Element des Realvertrages zu sein; die Verbindung mit den formlosen Vereinbarungen obligatorischen Inhaltes ist lediglich eine gedachte, konstruktive.

e) Für das Wesen des Innominatrealvertrages ist es nicht erforderlich, daß alle obligatorischen Vertragsbeziehungen von den Parteien gerade im Augenblick der Realleistung geregelt werden; solche Vereinbarungen können und werden auch praktisch dem Bewirkungsakt zumeist vorausgehen, ohne daß das Vorliegen eines Innominatrealvertrages in Frage gestellt würde. Ja, mit beiderseitigem Einverständnis können sie ihm sogar nachfolgen; hierin ist eine (natürlich zulässige) formlose Änderung des bereits rechtsgültigen Realvertrages zu sehen. Praktisch wird es in der Tat nur in den allerseltensten Fällen überhaupt möglich sein, alle Vereinbarungen obligatorischer Art gerade auf den Augenblick der realen Leistung zusammenzudrängen; zumal bei Grundstücksveräußerungen werden beide Teile des Tatbestands zeitlich mehr oder minder auseinanderfallen. Bezeichnend für die Richtigkeit unserer Ansicht ist, daß das Gesetz in keinem der in Frage stehenden Fälle einen Zeitpunkt oder eine Frist für die „Nachholung" des dinglichen Aktes festsetzt[19]). Erforderlich dafür, daß bereits früher getroffene Abreden über das obligatorische Verhältnis überhaupt Teil und Inhalt des Realvertrages werden können, ist lediglich, daß sie im Augenblick der realen Leistungsbewirkung noch bestehen, daß also die früher bezüglich ihrer vorhandene Willensübereinstimmung der Parteien inzwischen nicht gelöst wurde[20]). Ist dies aber geschehen und hat sich eine Partei von dem früher Vereinbarten noch vor Bewirkung der Realleistung losgesagt, dann allerdings bleibt die Wirkung der §§ 313 Satz 2, 518 Abs. 2, 766 Satz 2 BGB. usw. aus; denn es fehlt ein für das Zustandekommen eines Innominatrealvertrages ebenso wie der dingliche Akt unerläßliches Tatbestandsstück.

f) Mag der obligatorische Inhalt des Innominatrealvertrages von den Parteien auch bereits vor Bewirkung der Realleistung festgelegt worden sein, so datiert doch seine rechtliche Existenz und deren Wirkungen erst vom Augenblick der realen Erfüllung; erst mit diesem Zeitpunkt tritt der Vertrag rechtlich in Erscheinung. Maßgebend

[19]) Hierauf weist bereits Staudinger 7./8. Aufl. Bem. 5 zu § 313 hin.

[20]) Ebenso die h. M. in Wissenschaft und Praxis. Vgl. Oertmann 3./4. Aufl. zu § 313; Oberneck 4. Aufl. I § 52 Anm. 56; Turnau-Förster 3. Aufl. I, 424 f.; Staub 11. Aufl. Anm. 85 zu § 350 HGB. u. a. ferner RG. 52, 4; RG. 54, 109; RG. 61, 251; RG. 65, 392; RG. 60, 339; RG. 104, 105; OLG. 8, 37; OLG. 9, 282; OLG. 33, 216 usw.; and. M. nur Oertmann ZblFG. 16, 589; Dernburg II, 2 S. 64; Staub, Diss. 1913, S. 28.

für eine solche Auslegung erscheinen uns drei Momemte, die insbesondere die Ansicht ausschließen, der Vertrag sei schon vor diesem Zeitpunkt zwar rechtsgültig, aber noch beschränkt unwirksam gewesen. Diese drei Momente sind der Gesetzestext, die Bestimmung des § 125 BGB. und der rechtspolitische Zweck, den die Bestimmungen der §§ 313, 518, 766 BGB., § 15 Abs. 3, 4 GmbH.G. verfolgen.

Zunächst fällt ins Gewicht, daß sowohl § 313 Satz 2 BGB. wie § 15 Abs. 4 Satz 2 GmbH.G. ausdrücklich sagen: Der Vertrag „wird gültig". Etwas, was bereits gültig war, kann nicht erst gültig werden. Fr. Staub[21]) behauptet, der Gesetzgeber habe hier nicht „gültig" als den konträren Gegensatz zu „ungültig", sondern „vollwirksam" im Gegensatz zu „nur beschränkt wirksam" gemeint; aber indem Staub den Gesetzgeber in so rigoroser Weise korrigiert, begeht er denselben Fehler, den er Hummel mit den Worten vorwirft: „Das heißt soviel wie: Das Gesetz irrt sich selbst, es wollte eigentlich etwas anderes sagen. Hummel legt hinein, anstatt auszulegen."

Auffällig ist ferner, daß die Fassung des § 313 Satz 2 BGB. in § 15 Abs. 4 GmbH.G. wiederkehrt und daß beide mit der eindeutigen und klaren Formulierung des § 125 BGB. übereinstimmen. Aus der Fassung der §§ 518 Abs. 2, 766 Satz 2 BGB. dagegen (der Formmangel „wird geheilt") können keine Schlüsse auf den Zeitpunkt des Gültigwerdens des Vertrages gezogen werden. Wie gefährlich und Verwirrung stiftend die ungenügend überlegte Herübernahme eines technischen Ausdruckes von einer Wissenschaft in die andere ist, tritt gerade hier schlagend hervor; die Versuche, ein früheres Gültigwerden des Vertrages, zumal aber eine dingliche Rückwirkung des Heilungsvorganges zu konstruieren, entspringen nicht zum geringsten Teil diesem dem Rechte wesensfremden Ausdrucke „Heilung".

Endlich ist zu bedenken, daß es gegen die rechtspolitische Funktion der §§ 313, 518, 766 BGB. usw. verstoßen würde, wollte man annehmen, die formwidrigen obligatorischen Vereinbarungen seien bereits vor Bewirkung der Realleistung rechtsgültig und daher bindend, wenn auch in allen übrigen Beziehungen noch unwirksam. Denn wie bereits eingangs betont wurde, ging die Absicht des Gesetzgebers gerade dahin, die rechtliche Gebundenheit der durch §§ 313, 518, 766 BGB. geschützten Personen so lange auszuschließen und ihnen die Möglichkeit einseitigen Abgehens von dem Vereinbarten so lange vorzubehalten, als nicht entweder ein formgerechter Konsensual- oder aber ein Realvertrag mit tatsächlicher Leistung des Versprochenen geschlossen wurde.

g) Mit Oertmann stimmen wir in der grundsätzlichen und für das

---

[21]) Diss. 13 S. 21.

Vorliegen eines Realvertrages ausschlaggebenden Ansicht überein, daß die reale Hingabe in den Fällen der §§ 313 Satz 2, 518 Abs. 2, 766 Satz 2 BGB., § 15 Abs. 4 Satz 2 GmbH.G. eine zwingende Rechtsbedingung der Gültigkeit — Oertmann sagt Vollwirksamkeit — des Vertrages darstellt[22]). Hieraus folgt, daß es unerheblich ist, ob sich die Parteien bei Vornahme der realen Leistung der rechtlichen Nichtigkeit — vom Standpunkt einer realen Kontraktion aus müssen wir sagen: der rechtlichen Nochnichtexistenz — ihrer bisherigen formlosen Erklärungen obligatorischer Art bewußt waren oder nicht[23]), m. a. W. ob sie die reale Leistung solvendi oder obligandi causa vornahmen. Denn da es sich bei der realen Leistung um eine Bedingung handelt, welche die Rechtsordnung für die Gültigkeit des Vertrages aufstellt, kann es für die rechtliche Beurteilung des gegebenen Rechtsverhältnisses keinen Unterschied begründen, welche Vorstellungen sich die Parteien von der Legalwirkung der realen Leistung gemacht haben. Gerade für den Fall des Irrtums hierüber sind, wie die Protokolle ausweisen, die Bestimmungen der §§ 313 Satz 2, 518 Abs. 2, 766 Satz 2 BGB. geschaffen. Doch muß, wenn überhaupt die Rechtsfolge des § 313 Satz 2 BGB. usw. eintreten soll, gefordert werden, daß die Parteien die reale Leistung in einem inneren Beziehungszusammenhang mit den formlosen Verabredungen obligatorischen Inhalts vornahmen[24]), mag man denselben nun im Einzelfall in einer Zweckbeziehung auf Vertragserfüllung oder auf Vertragsbegründung finden.

h) In dem formalen Grundstücksveräußerungsvertrag, dem formalen Bürgschaftsvertrag und dem Vertrag gemäß § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbH.G. sieht auch die herrschende Lehre Konsensualverträge. Bei der Schenkung jedoch unterscheidet sie zwischen Handgeschenk (im schweiz. OR. Schen-

---

[22]) Hierdurch unterscheiden sich die genannten Fälle mit aller Schärfe von den „echten" Realverträgen des BGB. (Darlehen, Leihe, Verwahrung), bei denen die res nicht mehr eine Bedingung des Rechtsschutzes (Klagbarkeit, Rechtsgültigkeit), sondern „ein nach der Verkehrsauffassung als Parteiwille zu unterstellendes Merkmal der Vertragsperfektion" darstellt (Kuhlenbeck a. a. O.). Die rechtliche Natur dieser Verträge ist zwar bestritten, jedoch ohne überzeugende Begründung. Zinsloses Darlehen, Schenkung beweglicher Sachen, Leihe und Faustpfand galten bereits im preuß. ALR. als Realkontrakte; vgl. ALR. I, 11 § 727, 1065, I, 21 § 229, I, 20 § 94 und Förster, Preuß. PrivR. 7. Aufl. I, 469 § 79 Anm. 68. Für das österr. Privatrecht wird die Existenz der „unsterblichen" Realkontrakte vor allem von Hasenöhrl 2. Aufl. I, 355 § 26 bestritten.

[23]) Ebenso Staudinger 7./8. Aufl. Bem. II 6a zu § 518; Oertmann 3./4. Aufl. Bem. 6 zu § 518 und h. M. Ebenso bezüglich Schweizer OR. Oser Bem. V, 1b zu Art. 239.

[24]) Ebenso Oertmann, ZblFG. 1916, 589 und RFH. in JW. 1922, 836 Nr. 9.

kung von Hand zu Hand), d. h. der sofort vollzogenen Schenkung, und dem Schenkungsversprechen. Diese Unterscheidung ist insofern schief, als den Gegensatz zum Handgeschenk (zum Realschenkungsvertrag) nicht das einseitige Schenkungsversprechen, sondern der konsensuale Schenkungsvertrag bildet (§ 518 Abs. 1 Satz 1 BGB. „zur Gültigkeit eines Vertrages ..." usw.). Das (formbedürftige) Schenkungsversprechen ist somit nur die eine Hälfte dieses konsensualen Schenkungsvertrages. Daß an der üblichen Konstruktion etwas nicht in Ordnung sein müsse, bemerkt Staudinger[25]), der sagt: „Genau betrachtet (!) wird hier nicht das Versprechen als solches wirksam, sondern eben vollzogen ..." Bei vollzogener Leistung liegt eben kein „nunmehr gültig gewordenes Schenkungsversprechen" vor, sondern eine Realschenkung, die wir als eine Art Innominatrealkontrakt zu charakterisieren versuchten. Deutlicher als Staudinger sagt schon Kuhlenbeck[26]): „Nicht nur überflüssig, sondern logisch falsch ist dagegen der Abs. 2 des § 518: Das Versprechen wird doch nicht nachträglich bindend! Die Schenkung wird vielmehr erst durch die Realleistung vollzogen; wenigstens kann ich nicht den geringsten praktischen Hintergrund dafür finden, neben der an sich gültigen Schenkung auch dem Versprechen, nachdem es bewirkt ist, ex post noch eine rückwirkende Gültigkeit zu verleihen ... Die Protokolle sagen, man wollte dadurch einer Kondiktion vorbeugen, die etwa darauf gegründet werden könnte, daß die Leistung des Schenkers im Irrtum über die Nichtigkeit des Schenkungsversprechens erfolgt sei (vgl. Prot. I, 11). Das hätte sich auch anders sagen lassen."

Der Grund dieser Beanstandungen ist der, daß die Formulierung des Gesetzes in § 518 Abs. 2 BGB., ja auch die Worte „ein ohne Beobachtung dieser Form geschlossener Vertrag" in § 313 Satz 2 BGB. dazu verleiten, ein rückwirkendes Gültigwerden der alten, formwidrigen, konsensualen Erklärungen anzunehmen[27]). Allein eine solche Auslegung würde gerade im Falle der Schenkung, die das Gesetz schon an sich grundsätzlich in Gestalt der Realschenkung anerkennt[28]), zu der unerträglichen Folgerung führen, daß man als zweite causa der vollzogenen Leistung neben dem an sich gültigen Realschenkungsvertrage noch einen ex post gültig gewordenen konsensualen Schenkungsvertrag anzusehen hätte. Nun ist es gewiß möglich, daß einer Leistung ein doppelter Rechtsgrund zugrunde liegt; im vorliegenden Falle ist ein solches Er-

---

[25]) 7./8. Aufl. Bem. II 6a zu § 518.
[26]) Von d. Pand. zum BGB. § 30 S. 213.
[27]) Siehe oben lit. f.
[28]) Während es dies beim Grundstücksveräußerungs- und Bürgschaftsvertrag mehr ausnahmsweise und nur kraft ausdrücklicher Bestimmung (Satz 2 der §§ 313 und 766 BGB.) tut.

gebnis jedoch deswegen unhaltbar, weil beide Kausalgeschäfte inhaltlich identisch sind und sich nur dadurch unterscheiden, daß das eine (konsensuale) Geschäft früher als das andere (reale) getätigt wurde. Es scheint uns deshalb notwendig, die eine oder andere causa zu eliminieren, und da kein Grund dafür ersichtlich ist, warum entgegen den grundsätzlichen Bestimmungen des BGB. die Realschenkung als causa ausscheiden sollte, sofern derselben zufällig ein formloses Schenkungsversprechen vorausging, ziehen wir es mit Kuhlenbeck vor, die Annahme einer rückwirkenden Heilung des formnichtigen Schenkungsversprechens abzulehnen und lediglich den realen Schenkungsvertrag, nicht auch ein etwa ex post gültig gewordenes Schenkungsversprechen als causa der bewirkten Leistung gelten zu lassen.

Das schweizerische Obligationenrecht, das diese Schwierigkeit klar erkannt hat, sagt in Art. 243 Abs. 3: „Ist das Schenkungsversprechen vollzogen, so wird das Verhältnis als Schenkung von Hand zu Hand beurteilt." Daß dies nicht nur dann zu gelten habe, wenn dem Vollzug ein schriftliches (Art. 243 Abs. 1 OR.), sondern gerade dann, wenn ihm ein mündliches Versprechen vorausgegangen ist, kann wohl nicht ernsthaft bezweifelt werden[29]). Oser[30]) glaubt allerdings aus Art. 243 Abs. 3 OR. folgern zu können, der Mangel der Schriftlichkeit sei für das Schenkungsversprechen „kein Nichtigkeitsgrund, wenn es vollzogen sei". Eine solche Auslegung widerspricht sich selbst; denn entweder ist der Mangel der gesetzlichen Form für das Schenkungsversprechen ein Nichtigkeitsgrund oder er ist es nicht; eine Bedingung ist in diesem Zusammenhange unverständlich. Oser fügt denn auch vorsichtig hinzu: „Das Gesetz sagt dies nicht direkt, sondern verweist auf die Beurteilung der Schenkung von Hand zu Hand." Selbst wenn man aber Osers Worte dahin auslegen dürfte, daß der Formmangel mit Vollzug der Schenkung aufhöre, Nichtigkeitsgrund zu sein, so würde damit doch die gegebene Rechtslage mißverstanden. Denn wenngleich die Formulierung des Art. 243 Abs. 3 OR. auch nicht vollkommen klar und eindeutig ist, so glauben wir doch annehmen zu dürfen, daß der Gesetzgeber damit zum Ausdruck bringen wollte, das Schenkungsversprechen habe beim tatsächlichen Vollzug der Schenkung als causa auszuscheiden und das in der Bewirkung der versprochenen Leistung und deren Annahme zum Ausdruck kommende Rechtsverhältnis sei als Schenkung von Hand zu Hand, d. h. als Schenkungsrealvertrag zu be-

---

[29]) Gerade entgegengesetzter Ansicht allerdings ist Fick-Morlot, Anm. 18 zu Art. 243.

[30]) Bem. 4 zu Art. 243.

urteilen[31]). Oser sagt denn auch an anderer Stelle[32]): „Schenkung von Hand zu Hand und vollzogenes Schenkungsversprechen sagen also, trotz der Nebeneinanderstellung in Art. 249 und trotz der irreführenden Formulierung von Art. 243 Abs. 3, aus der auf eine Subsumtion des vollzogenen Schenkungsversprechens unter die Schenkung von Hand zu Hand geschlossen werden könnte, dasselbe." Für irreführend halten wir den Wortlaut des Art. 243 Abs. 3 OR. keineswegs. Sagt er doch deutlich genug, für die rechtliche Beurteilung einer tatsächlich vollzogenen Schenkung sei es ohne Belang, ob derselben ein Versprechen vorausging oder nicht; denn immer müßte das Verhältnis als Schenkung von Hand zu Hand, d. h. als Realvertrag, beurteilt werden.

Es erscheint zweckmäßig das, was im schweizerischen Recht positiven Ausdruck gefunden hat, als die dem Sinne der Bestimmungen des BGB. am besten entsprechende Lösung auch für das deutsche Recht zu akzeptieren.

i) Die für den Vollzug formnichtiger Schenkungsversprechen gewählte Konstruktion gibt u. E. auch für die übrigen Fälle eine sinngemäße und zweckentsprechende Lösung ab. Auch hier können wir, obwohl sich hier bei gegenteiliger Auffassung nicht die gleichen Schwierigkeiten wie beim Schenkungsvertrag einstellen würden, als causa des dinglichen Leistungsaktes nur einen erst hiermit rechtlich zur Entstehung gelangenden, ex nunc wirkenden Realvertrag annehmen, dessen Inhalt sich nach den formlosen Parteiabreden bestimmt und der daher insofern gewiß konsensual gefärbt ist. Wir haben demnach in den Fällen der §§ 313, 518, 766 BGB., § 15 GmbH.G. zu unterscheiden zwischen der konsensualen und der realen Abschlußart des Vertrages. Die erstere ist ausnahmslos formbedürftig, und zwar in den Fällen der §§ 313 BGB. und 15 GmbH.G. hinsichtlich der Erklärungen beider Parteien, bei §§ 518 und 766 BGB. nur bezüglich der Erklärung des Schenkenden bzw. des Bürgen, nicht dagegen rücksichtlich der Annahmeerklärung der Gegenpartei. Eine Ausnahme von der letztgenannten Regel macht in gewissem Sinne nur das Versprechen, einem anderen sein gegenwärtiges Vermögen oder ein Grundstück oder Erbbaurecht zu schenken; hier bedarf, da gemäß §§ 311 bzw. 313 BGB. der ganze Vertrag formbedürftig ist, regelmäßig auch die Annahme des Versprechens der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Ist die für das konsensuale Geschäft vorgeschriebene Form nicht eingehalten, so

---

[31]) Ebenso Becker zu Art. 243 und Fick-Morlot Anm. 18 zu Art. 243; letzterer hält eine solche Konstruktion für derart selbstverständlich, daß er sogar behauptet, Art. 243 Abs. 3 habe den Fall des formungültigen Schenkungsversprechens gar nicht im Auge; s. oben Note 29.

[32]) Bem. V 1 b zu Art. 239.

liegt gemäß § 125 BGB. „ein nichtiger Konsensualvertrag" vor, d. h. es wird so angesehen, als wäre überhaupt kein Konsensualvertrag im Rechtssinne geschlossen worden. Den Parteien steht es jedoch frei, ihre obligatorischen Beziehungen auf dem Wege des Realabschlusses rechtsgültig zu regeln, d. h. ihren formlosen Vereinbarungen durch Bewirkung der versprochenen Leistung Rechtsgültigkeit zu verleihen. Einen gewissen Druck[33]), diesen zweiten Weg nicht zu beschreiten, übt die Rechtsordnung jedoch dadurch auf die Parteien aus, daß sie deren formlose Abreden obligatorischen Inhalts solange für nichtig und unverbindlich erklärt, als nicht die (gesetzlich näher bestimmte) reale Leistung bewirkt ist, sowie dadurch, daß § 98 GBO. die Länder ermächtigt, durch Landesgesetz zu bestimmen, daß das Grundbuchamt die Erklärung der Auflassung nur entgegennehmen „soll", wenn der gemäß § 313 Satz 1 BGB. beurkundete obligatorische Vertrag vorgelegt wird, „das bekannte indirekte Zwangsmittel, das es tatsächlich so gut wie[34]) unmöglich macht, daß eine Auflassung und Eintragung erfolgt, ohne daß vorher der zugrunde liegende Vertrag in der Form des Satzes 1 abgeschlossen wurde."[35])

Realverträge spielen somit im Recht der Schuldverhältnisse des BGB. eine weit größere Rolle als man gemeinhin annimmt. An die Seite

[33]) Vgl. hierzu Merkl, Die Lehre von der Rechtskraft S. 295: „Wenn das Recht einen Akt, der den anderweitig aufgestellten Anforderungen an ihn nicht entspricht, nichtsdestoweniger in Kraft treten läßt und die Nichterfüllung jener Anforderungen in gewissem Sinne (im Falle der §§ 313 Satz 2 BGB. usw. wäre zu lesen: „unter anderen Voraussetzungen" Der Verf.) sanktioniert, ... so korrigiert es sich damit selbst, modifiziert es in gewissem Umfang diese Anforderungen zu bloßen Wünschen bezüglich der Entstehung des Aktes ... Man könnte fragen, wozu das Recht in dem einen Zusammenhang Voraussetzungen für die Rechtserzeugung aufstellt, wenn es sie in einem anderen Zusammenhang wieder aufhebt oder abschwächt. Man braucht aber bloß zu bedenken, daß das Recht ein Werkzeug von Menschen für Menschen ist, um es als eine selbstverständliche rechtspolitische Forderung zu begreifen, daß das Recht nicht bloß mit seiner teilweisen Nichtbefolgung, sondern auch mit seiner teilweisen Nichtanwendung rechne ..." Sowie S. 296: „Den in gewissem Umfang immer unvermeidlichen Organfehlern trägt das Recht am zweckmäßigsten derart Rechnung, daß es seine strengen Anforderungen in gewissem Umfang herabmindert, dem Organ eine gewisse Latitüde zwischen dem idealen und einem immerhin noch möglichen Handeln einräumt. Es wäre, wenn die Eröffnung dieser Wahlmöglichkeit zwischen Recht und besserem Recht bewußt erfolgte ... ein Zeichen außerordentlicher gesetzgeberischer Klugheit, daß diese Wahlmöglichkeit nicht ausdrücklich, ... sondern so verschleiert, verklausuliert eröffnet wird, wie es mit den zitierten positiv-rechtlichen Fehlerkalkülen geschieht. Denn es ist ... das Beste, wenn es dem Organ gar nicht zum Bewußtsein kommt, daß das Recht von diesen Anforderungen auch nur das Geringste preisgibt ..."

[34]) Über diese Frage vgl. unten 2. Kap. § 8 II.

[35]) Bourier in DNotV. 1910, 306 ff.

der echten Realverträge, die sich wirklich durch reale Hingabe der Sache vollziehen, und bei denen die res über Inhalt und Umfang der Gegenleistung Aufschluß gibt (§§ 598, 607, 688 BGB.) treten die unechten oder Innominatrealverträge der §§ 313 Satz 2, 518 Abs. 2, 766 Satz 2 BGB., § 15 Abs. 4 GmbH.G., die zwar ihrer Natur nach konsensual veranlagt sind, deren formlosen Konsens die Rechtsordnung hier aber nur unter der Bedingung anerkennt, daß von der einen Vertragsseite eine bestimmte reale Leistung bewirkt worden ist.

Die letzterwähnten Gesetzesbestimmungen erscheinen somit als weitere Anwendungsfälle des Merklschen[36]) Fehlerkalküls, d. i. jener „positivrechtlichen Bestimmung, die es juristisch ermöglicht, dem Staat solche Akte zuzurechnen, die nicht die Summe der anderweitig positivrechtlich aufgestellten Voraussetzungen ihrer Entstehung und damit ihrer Geltung erfüllen, die es erlaubt, solche Akte trotz jenes Mangels als Recht zu erkennen."

k) Die Frage, ob mit der Bestimmung des § 313 Satz 2 BGB. — analoges gilt für die übrigen Fälle —, dessen erster Satz seines zwingenden Charakters entkleidet ist, kann nur mit Nein und Ja beantwortet werden. Ius cogens ist er geblieben, sofern man seinen eigenen normativen Inhalt und nur diesen im Auge hat; denn für den Abschluß eines rechtsgültigen Konsensualvertrages ist und bleibt die Form zwingendes Gültigkeitserfordernis, das die Parteien durch keine anderweitige Regelung umgehen können. Da die Beteiligten jedoch die Möglichkeit haben, auch auf einem anderen Wege als durch Abschluß eines formalen Konsensualvertrages zu einer rechtsgültigen Regelung ihrer obligatorischen Vertragsbeziehungen zu gelangen, was besonders dann von Bedeutung ist, wenn sie kein Gewicht darauf legen, bereits vor der Eintragung gebunden zu sein[37]), ist die Einhaltung der Form des § 313 Satz 1 BGB. nicht mehr notwendige Voraussetzung für die Erreichung dieses Zieles überhaupt. Nur mit dieser sehr wesentlichen Unterscheidung können wir Fr. Staub[38]) zustimmen, wenn er behauptet, die Form sei in § 313 BGB. nicht sowohl gefordert als zugelassen.

§ 4.

Ältere Theorien.

Das unliebsame Zugeständnis, in den Bestimmungen der §§ 313 Satz 2, 518 Abs. 2, 766 Satz 2 BGB. usw. Ausnahmen vom Prinzip der Unvereinbarkeit von Formnichtigkeit und Konvaleszenz vor sich

[36]) Merkl, Die Lehre von der Rechtskraft S. 293 ff.
[37]) Bourier a. a. O.
[38]) Diss. 1913 S. 23.

zu haben, versuchte man von jeher durch die verschiedensten Theorien zu umgehen, mit dem Erfolg, daß Oertmann[1]) noch 1916 bekannte: „Wir sind von einer alle befriedigenden Lösung heute wohl weiter entfernt als je."

Es boten sich drei Wege:

a) Man leugnete das nachträgliche Gültigwerden des vorher Ungültigen und sprach von einer Fiktion, wonach es nur so angesehen werde, „als ob" das formlos Vereinbarte später gültig würde (Fiktionstheorie).

b) Oder man leugnete die Nichtigkeit des formlos Vereinbarten und versuchte zu beweisen, daß trotz des Formmangels eine natürliche Verpflichtung bestanden habe (Naturalobligationstheorie), oder daß die formlosen Verabredungen zwar rechtsgültig, aber teilweise rechtsunwirksam seien und erst durch Hinzutritt der realen Leistung zu voller Rechtswirksamkeit konvaleszierten (Unwirksamkeitstheorie).

c) Endlich betritt man beides, d. h. überhaupt die Annahme, der alte formnichtige Vertrag werde nachträglich gültig, und behauptete, das Geschäft werde mit der realen Leistung in Gestalt einer Bestätigung, die in dem Erfüllungsakt zu sehen sei, neu vorgenommen (Bestätigungstheorie).

Richtig an diesen Theorien ist die ihnen allen gemeinsame Erkenntnis, daß der Erfüllungsgedanke als solcher in keiner Weise ausreicht, die heilende Wirkung des Leistungsaktes zu erklären, denn der Mangel der Form hindert ja gerade das Erfüllungsgeschäft, den damit subjektiv verfolgten Zweck der Schuldtilgung objektiv zu erreichen[2]). Unmöglich aber kann ein selbst stützungsbedürftiger Akt wie das Leistungsgeschäft seinerseits als Stütze und Entstehungsgrundlage des ganzen Schuldverhältnisses verwendet werden. Daher kann dem Erfüllungsakt nur dann heilende Kraft zukommen, wenn er rechtlich mehr als bloße Erfüllung ist[2]). Einer reinen Erfüllungstheorie, wie Ebbecke[3]) sie vertritt, kann nur zugegeben werden, daß in der Tat ein innerer, in Zweckvorstellungen der Parteien wurzelnder Beziehungszusammenhang zwischen formlosen Vereinbarungen obligatorischen Inhalts und Leistungsgeschäft gefordert werden muß[4]).

I.

Die Fiktionstheorie[5]) entbehrt jeglichen Anhaltes im Gesetz, ja sie widerspricht sogar aufs schärfste den Kompetenzen des

[1]) ZblFG. 1916 S. 589 ff.
[2]) Nach Oertmann a. a. O.
[3]) Im Recht 1911 S. 644.
[4]) Siehe oben II. Teil § 3 lit. g am Ende.
[5]) Vertreten von Pfeifer, Diss. 1910 S. 25.

Gesetzgebers. Denn warum sollte sich dieser, da er doch die Macht hat, festzusetzen, was Recht („positives Recht") sein soll, in den Fällen der §§ 313 Satz 2, 518 Abs. 2, 766 Satz 2 BGB. usw. mit einer leeren Fiktion begnügen, wonach „es nur so angesehen werde, als ob der nichtige Vertrag rechtsgültig würde"? Gegenstand einer Fiktion können vielmehr nur Tatsachen (etwas Faktisches), nicht die Rechtsgültigkeit eines Aktes als solche (etwas Normatives) sein [6]). Die Fiktionstheorie muß daher schlechthin abgelehnt werden.

II.

Als eine überwundene Lehre darf heute auch die Naturalobligationstheorie [7]) gelten. Denn wie bereits oben betont wurde, erzeugt das formnichtige Geschäft überhaupt keine, also auch keine natürliche Verpflichtung. Der Annahme einer solchen stünde aber im Falle des § 313 Satz 2 BGB. und § 15 Abs. 4 Satz 2 GmbH.G. noch folgende sich daraus ergebende Konsequenz entgegen. Hätte der Käufer den Kaufpreis noch vor der Auflassung gezahlt, so hätte er damit eine natürliche Verbindlichkeit erfüllt, könnte aber seinerseits den Verkäufer nicht auf Leistung verklagen. Schon dieses absurde Resultat muß bestimmend für die Ablehnung dieser Theorie wirken [8]). Der Käufer, der vor der Auflassung den Kaufpreis bezahlt hat, muß bis zur Eintragung in das Grundbuch als berechtigt angesehen werden, denselben zurückzufordern. Ebenso unannehmbar ist die Annahme, nur der Verkäufer, nicht auch der Käufer sei in einem solchen Falle naturaliter verpflichtet; denn dies würde nicht nur dem synallagmatischen Wesen des gegenseitigen Vertrages, sondern auch der gesetzgeberischen Zweckbestimmung des § 313 BGB. widersprechen, der gerade den Veräußerer schützen, nicht ihn belasten soll.

III.

Die Bestätigungstheorie. Von einigen Schriftstellern [9]) sowie vom Reichsgericht [10]) wird die Anschauung vertreten, man habe

[6]) Dies im Gegensatz zu Thiesing § 16 S. 86 ff., der von einer im § 1252 Abs. 1 des 1. Entw. z. BGB. aufgestellten Fiktion spricht. § 1252 Abs. 1 lautet: „Eine nichtige Ehe ist so lange als gültig anzusehen, bis sie aufgelöst oder für ungültig erklärt ist." Damit ist die Gültigkeit der „nichtigen Ehe" normiert.

[7]) Vertreten von Kipp-Windscheid 8. Aufl. 2, 176; v. Tuhr II, 1 § 63 S. 505; v. d. Trenk, Diss. 1902 § 5; Tochtermann, Diss. 1902 S. 54; Ubbelohde, Jahrb. f. Dogm. Bd. 38, 216 ff.; auch Matthiaß 5. Aufl. I § 72 II?

[8]) Ebenso Baer, Diss. 1907 S. 51; Oertmann, ZblFG. 1916, 589 und allg. österr. GerZ. 1902 Nr. 23 III 8, 9.

[9]) Hummel, Diss. 1903 S. 38; Reichel, ArchZivPrax. 104, 18; Staudinger dagegen spricht dem Erfüllungsgeschäft nur die Wirkung einer Bestätigung zu!

[10]) RG. 75, 115.

in der auf Grund eines formnichtigen Kausalvertrages vorgenommenen, den Formmangel heilenden Erfüllungshandlung „die ausdrückliche Bestätigung des zugrunde liegenden nichtigen, obligatorischen Vertrages" zu sehen. Dies klingt für den ersten Augenblick bestechend, hat sich jedoch bei näherer Betrachtung längst als falsch erwiesen.

Es besteht kein Streit darüber, daß die Bestätigung eines formbedürftigen Rechtsgeschäfts als eine Neuvornahme desselben der gleichen Form bedarf, wie sie für das zu bestätigende Rechtsgeschäft vorgeschrieben ist. Statt aber schon hieraus zu schließen, daß es offenbar verkehrt ist, in dem Erfüllungsakt eine Bestätigung im Sinne des § 141 BGB. zu erblicken, argumentiert Hummel, der leider einzig und allein den § 313 BGB. im Auge hat, folgendermaßen:

„In dem vorliegenden Fall erfolgt nun die Bestätigung zwar nicht in genau derselben Form, die der Grundstücksvertrag erfordert, aber in einer Form, die der geforderten an Wirkungskraft nicht nachsteht. Kraft positiver Vorschrift wird hier von dem Gesetz die Eintragung und Auflassung der durch das Gesetz vorgeschriebenen Form, d. i. der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, in der Wirkungskraft gleichgeachtet." Dieser letzte Satz wäre nicht zu beanstanden, dürfte man ihn so auffassen, daß der Gesetzgeber hier tatsächlich ein Garantiemoment für den ernstlichen Geschäftswillen der Parteien, nämlich die gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Konsensualvertrages, durch ein anderes, die reale Bewirkung der versprochenen Leistung ersetzt. Statt dessen stellt es aber Hummel einseitig auf die Form ab, als wenn hier nur eine Form durch eine andere ersetzt würde, und fährt fort: „Diese Gleichachtung ist leicht verständlich, wenn man die Erfordernisse der Auflassung und Eintragung (§§ 925, 873 BGB.) mit denen der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (§ 128 BGB.) vergleicht. Übrigens ist auch der materielle Rechtserfolg bei der Auflassung und Eintragung ein ungleich größerer wie bei der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, so daß diese Gleichachtung nur gerechtfertigt erscheint."

Daß diese Argumentation falsch und nur deshalb in dem von Hummel untersuchten Spezialfalle überhaupt möglich ist, weil hier ganz zufällig und ohne jede innere Beziehung zu dem Heilungsvorgange die dingliche Leistung an eine besondere Form gebunden ist, hätte Hummel sofort auffallen müssen, wenn er den von ihm allein ins Auge gefaßten Fall des § 313 Satz 2 BGB. mit den Heilungserscheinungen der §§ 518 Abs. 2 und 766 Satz 2 BGB. verglichen hätte. Hier fehlt eine dem § 313 Satz 2 BGB. analoge Formvorschrift für das dingliche Bewirkungsgeschäft, und dennoch glaubte auch hier der Gesetzgeber auf die Einhaltung der für den obligatorischen Konsensualvertrag geforderten Form verzichten zu können, sofern die Parteien die ver-

sprochene Leistung tatsächlich bewirken. Wollte man sich in der Hummelschen Ausdrucksweise, daß hier eine Form durch eine andere noch weit wirkungsvollere ersetzt werde, bewegen, so sähe man sich zu der paradoxen Behauptung veranlaßt, die stärkste „Form" eines Verpflichtungsgeschäftes sei seine tatsächliche Ausführung und durch diese werde im Falle des § 313 BGB. die Beurkundungsform ersetzt.

Jedenfalls ist es richtig, daß die §§ 313 Satz 2, 518 Abs. 2, 766 Satz 2 BGB. gegenüber § 141 BGB. und der aus letzterem folgenden Formregel eine Erweiterung bedeuten müssen; denn würde er nur das wiederholen, was sich schon ohnehin aus § 141 ergibt, so wäre er neben diesem vollständig überflüssig. Eine solche Erweiterung ließe sich, meint Oertmann[11]), vom Standpunkt der Bestätigungstheorie aus „ungezwungen darin finden, daß Satz 2 als Geschäftsform für den kausalen Veräußerungsvertrag den Akt der Eigentumsübertragung ... genügen läßt. Die Bestätigung des formwidrigen Veräußerungsvertrages würde demnach außer durch dessen ursprüngliche Geschäftsform auch durch die Form eines realen Übertragungsaktes erfüllt werden können. Anders ausgedrückt: Die Bestätigung des formwidrigen Grundstücksveräußerungsvertrages könnte an Stelle der ursprünglichen Abschlußform auch in der eines Realvertrages — Vertragsabschluß durch Übereignung, wenn nicht, wie in den römischen Fällen, durch Übergabe — vollzogen werden". Diese dem Grundgedanken der in Rede stehenden Bestimmungen schon sehr nahe kommende Konstruktion leidet lediglich an dem einen Fehler, daß sie immer nur eine „Bestätigung" im Auge hat. Gegen die Auffassung, in dem Erfüllungsakt habe man eine Bestätigung im Sinne des § 141 BGB. zu sehen, sprechen aber eine Reihe sehr schwerwiegender Gründe:

Vor allem setzt eine solche Bestätigung Kenntnis der Nichtigkeit des mit ihr zu deckenden Quasivertrages mit psychologischer Notwendigkeit voraus. Wenn „Bestätigung" im Sinne des § 141 BGB. das Gültigmachen eines nichtigen Geschäftes mittels Neuvornahme ist, so kann einen formnichtigen Vertrag nicht bestätigen, wer ihn bereits für gültig hält. Oertmann[11]) sagt treffend: „Der bloße Erfüllungswille schließt den Bestätigungswillen nicht sowohl ein als vielmehr aus." Es ist daher falsch, wenn das Reichsgericht[12]) behauptet, der formheilende Bewirkungsakt sei „der Bestätigung eines nichtigen Vertrages nach § 141 BGB. gleichzusetzen"; denn für dessen heilende Wirkung ist es vollkommen gleichgültig, ob sich die Parteien der Formnichtigkeit ihrer Verabredungen bewußt waren oder nicht.

---

[11]) ZblFG. 1916 S. 589 ff.; vgl. Daimer in BayNotV. 1926 S. 96.
[12]) RG. 75, 115.

Eine Bestätigung im Sinne des § 141 BGB. müßte ferner nicht nur den Formmangel, sondern auch die materiellrechtlichen Beziehungen der Parteien zu heilen fähig sein, da es sich ja um eine Neuvornahme des Geschäfts handeln würde[13]). Diese Wirkung tritt aber, wie später noch zu zeigen sein wird, in den Fällen der §§ 313 Satz 2 BGB. usw. nicht ein. Hier wird lediglich „der Formmangel als solcher" geheilt, nicht auch etwaige andere Nichtigkeitsgründe. Zudem müßte ein Bestätigungsakt im Sinne des § 141 BGB. das zu bestätigende Geschäft in allen seinen Bestandteilen umfassen; es müßten also auch obligatorische Dinge in die Auflassungsverhandlung usw. aufgenommen werden[14]). Davon kann aber nicht die Rede sein. Das Erfüllungsgeschäft ist und bleibt auch in den Fällen der §§ 313 Satz 2, 518 Abs. 2 BGB. usw. ein rein dingliches; es ist die tatsächliche Vollziehung der mit den obligatorischen Verabredungen bezweckten Verschiebung von Vermögenswerten, Herstellung eines neuen rechtlichen und wirtschaftlichen Zustandes. Obligatorische Elemente in das reale Leistungsgeschäft hineindeuten zu wollen, ist ein für allemal ausgeschlossen. Auch die Bestimmungen der §§ 313 Satz 2 BGB. usw. sagen nichts, was zu der Annahme berechtigen würde, in der realen Erfüllungshandlung müßten obligatorische Elemente, wie sie die Bestätigung begriffsnotwendig vorausgesetzt, implizite in irgendeiner Form enthalten sein; sie stellen es allein auf die sinngemäß allerdings in einem inneren Beziehungszusammenhang mit dem formlosen obligatorischen Vertragsteil vorzunehmende Tatsache der realen Leistung ab.

Auch stünde die Annahme einer Bestätigung im Sinne des § 141 BGB. mit der Bestimmung des § 313 Satz 2 BGB. in Widerspruch, wonach der formlos geschlossene Vertrag bei nachträglicher Erfüllung „seinem ganzen Inhalte nach" gültig werden soll. Bei einer Bestätigung wäre für eine solche Vorschrift kein Raum; denn die Bestätigung wirkt und kann immer nur wirken nach Maßgabe ihres eigenen unmittelbaren oder (kraft Bezugnahme) mittelbaren Inhaltes. Einen weiteren Unterschied zwischen Bestätigung und Heilung im Sinne der §§ 313 Satz 2 BGB. usw. macht Oberneck[15]) geltend. Zur Bestätigung, sagt er, würde auch eine teilweise Erfüllung genügen. Der Übereignung nur eines Teiles des formlos veräußerten Grundstücks kommt aber die Wirkung des § 313 Satz 2 BGB. grundsätzlich nicht zu. Wir werden uns mit dieser Frage später noch zu beschäftigen haben.

Endlich hat Siber[16]) einen recht schlagkräftigen Gesichtspunkt

---

[13]) Ebenso Oberneck I, 487; Oertmann a. a. O.
[14]) JW. 1923, 42.
[15]) 4. Aufl. I § 52 S. 487.
[16]) Bei Planck 4. Aufl. Bem. 6b zu § 313.

aufgefunden und gesagt: „Die Annahme einer (vereinbarten) Bestätigung gemäß § 141 scheitert aber an der von der h. M. geteilten Ansicht, daß bei mehrmaliger Veräußerung die Auflassung des Erstveräußerers an den letzten Erwerber und dessen Eintragung auch die Zwischenverträge heilt[17]), obwohl die Zwischenerwerber an der Auflassung unbeteiligt sind. Dieses zweckmäßige Ergebnis sollte nicht durch die günstigstenfalls entbehrliche Konstruktion der Auflassung als einer Bestätigung in Frage gestellt werden." Siber selbst verteidigt eine einseitige Bestätigung mit den Worten: „Der Gedanke der Bestätigung hat aber gleichwohl etwas Richtiges, wenn man diese nur nicht als Neuvornahme des Rechtsgeschäfts gemäß § 141, vor allem nicht als vertragsmäßige, sondern als einseitige Bestätigung durch den Veräußerer auffaßt." Allein hiermit ist nur die ratio legis ausgesprochen[18]), für die rechtliche Konstruktion aber nichts gewonnen; denn eine solche kann nur dadurch gegeben werden, daß man das zu untersuchende Objekt (d. i. die Heilung) einer bereits vorhandenen, begrifflich vielleicht zu erweiternden Rechtsfigur subsumiert. Eine einseitige Bestätigung aber nach Art der französisch-rechtlichen confirmation ist dem BGB. nur bei anfechtbaren Rechtsgeschäften bekannt (§ 144 BGB.).

IV.

Die Unwirksamkeitstheorie. Im Gegensatz zu dem absoluten Charakter der Begriffe „gültig", „ungültig", „formnichtig" kann die rechtliche Wirkungslosigkeit, „Unwirksamkeit" eines Rechtsgeschäfts auch als eine teilweise oder als eine relative, d. h. nur gewissen Personen gegenüber Platz greifende, gedacht werden. Absolute und restlose Unwirksamkeit ist gleichbedeutend mit Nichtigkeit (rechtlicher Nichtexistenz)[19]). Das BGB. verwendet den Begriff der Unwirksamkeit in allen diesen Bedeutungen, ohne den besonderen Charakter der Unwirksamkeit im Einzelfalle immer klar zum Ausdruck zu bringen. Seine Terminologie in diesem Punkte ist daher nicht gerade durchsichtig[20]); alle Versuche, den Gebrauch von Nichtigkeit und Unwirksamkeit im

---

[17]) Hierüber unten: 2. Kap. § 7 I Ziff. 3.

[18]) Siehe lit. a des vorigen Paragraphen.

[19]) Vgl. oben I. Teil I. Abschn. § 1.

[20]) Unwirksamkeit: a) i. S. absoluter, der Nichtigkeit gleichstehender Wirkungslosigkeit: §§ 111 Satz 1, 574 Satz 2, 1398 BGB., ferner bei §§ 111 Satz 2, 174, 359, 357, 410 Abs. 1 Satz 2, 554 Abs. 2, 1160 Abs. 2 BGB. (die Zurückweisung, in den Fällen der §§ 357 u. 554 Abs. 2 BGB. die Aufrechnungserklärung, sind hier ihrer rechtlichen Natur nach Anfechtungserklärungen! v. Tuhr II, 1 § 55 S. 278 spricht hier von „schwebender Nichtigkeit"); b) i. S. relativer Unwirksamkeit: §§ 135, 506, 574 Satz 1, 1124 Abs. 2, 1098 Abs. 1 BGB.; c) i. S. beschränkter Unwirksamkeit (auch schwebende U. genannt): §§ 108, 177, 415, 1396, 1448 BGB.

BGB. auf eine scharfsinnige und bewußte Systematik zurückzuführen, die beide in einen begrifflichen Gegensatz stellt[21]), können nur als gekünstelt und unbrauchbar bezeichnet werden.

Staub[22]) und, dessen Theorie verbessernd, Oertmann[23]) suchen nun zu beweisen, daß ein in den Fällen der §§ 313, 518, 766 BGB. formwidrig abgeschlossener Vertrag bis zum Augenblick der realen Erfüllung nicht nichtig, sondern „unwirksam" sei. Obwohl Staub es nicht ausdrücklich hervorhebt, gibt er doch schon dadurch, daß er die Unwirksamkeit, von der er schlechthin spricht, der Nichtigkeit begrifflich gegenüberstellt, zu erkennen, daß er unter Unwirksamkeit nicht eine absolute, der Ungültigkeit gleichkommende rechtliche Wirkungslosigkeit versteht, sondern eine von uns als „beschränkte", von anderen als „schwebende" Unwirksamkeit bezeichnete Gattung derselben, wie sie sich vornehmlich in den Fällen der §§ 108, 177, 415, 1396, 1448 BGB. findet. Auch die Ausführungen Oertmanns bestätigen die Richtigkeit dieser Annahme.

Allein den Beweis, auf den es ankäme, daß nämlich, ähnlich wie in den Fällen der §§ 108, 177 usw. die unkonsentierten, bei §§ 313, 518, 766 BGB. die formlosen Vereinbarungen zwar rechtsgültig, aber nur in beschränktem Maße rechtswirksam, d. h. nur bezüglich eines Teiles ihrer Rechtswirkungen in ihrer rechtlichen Wirksamkeit gehemmt seien[24]), hat weder Staub noch Oertmann erbracht.

Es ist eine petitio principii, wenn Staub (in unserer Terminologie ausgedrückt) folgert: Erfordernisse, die ein beschränkt wirksames Rechtsgeschäft vollwirksam machen, sind Wirksamkeitserfordernisse; durch die Auflassung und Eintragung wird der formwidrige Grundstücksveräußerungsvertrag vollwirksam, „folglich" haben wir es mit einem Wirksamkeitserfordernis zu tun, „also" war der Vertrag vorher nicht nichtig, sondern nur beschränkt unwirksam. Woran will Staub erkennen, daß die Grundübereignung den Vertrag „lediglich" rück-

[21]) Thiesing § 1 S. 16 f.
[22]) Diss. 1913.
[23]) ZblFG. 1916 S. 589 ff.
[24]) Daß in den Fällen der §§ 108, 177, 415, 1396, 1448 BGB. der gegebene rechtsgeschäftliche Tatbestand nicht gänzlich wirkungslos bleibt, geht schon aus den Bestimmungen der §§ 109, 178, 415 Abs. 3, 1397 BGB. hervor; es wäre unnötig, der einen Partei ein gesetzliches Widerrufsrecht einzuräumen, stünde der Gesetzgeber nicht auf dem Standpunkt, die Parteien seien hier grundsätzlich gebunden. Schon diese eine Rechtswirkung aber würde die Annahme rechtfertigen, das Geschäft sei rechtsgültig. Welche Rechtswirkungen das in diesem Sinne nur beschränkt unwirksame Rechtsgeschäft noch hervorzubringen imstande ist, ob also z. B. auf Feststellung seiner Gültigkeit geklagt werden kann usw., kann hier nicht erörtert werden; vgl. noch § 179 BGB.

sichtlich eines Teiles seiner Rechtswirkungen, nicht überhaupt erst in vollem Umfange „wirksam" macht? Die Tatsache, daß erst ein „weiterer, später hinzutretender" Umstand wie die Grundübereignung den der Form ermangelnden Tatbestand unbeschränkt rechtswirksam macht, genügt nicht, um festzustellen, daß dieser Tatbestand vorher nur beschränkt unwirksam gewesen sei, und daß wir es bei der Grundübereignung „lediglich" mit einem „Wirksamkeits"-, nicht mit einem „Geltungserfordernis" zu tun hätten. Eben jenes Merkmal des ersteren, daß von seinem Vorhandensein die Vollwirksamkeit des Geschäfts abhängt, trifft auch für Geltungserfordernisse zu; denn eben dadurch, daß ein Rechtsgeschäft gültig wird, wird es normalerweise [25]) auch vollwirksam. Mit der Bezeichnung Gültigkeit betonen wir den Grund der vollen rechtlichen Wirksamkeit [26]). Somit kann aber der Einfluß eines Erfordernisses auf das Vollwirksamwerden des Geschäfts kein eindeutiges, zuverlässiges Unterscheidungsmerkmal zwischen beiden Arten von Erfordernissen abgeben. Vielmehr muß von Fall zu Fall untersucht werden, ob man es mit einem Wirksamkeitserfordernis zu tun hat, und diese Frage kann nur dann bejaht werden, wenn das Gesetz ausdrücklich erklärt, daß beim Fehlen dieser Bedingung das Geschäft zwar bezüglich eines Teiles seiner Rechtswirkungen gehemmt sein soll, daß es aber dennoch als gültig zu behandeln ist, die Parteien also auch beim Mangel des Erfordernisses an ihre Erklärungen gebunden sein sollen. Hiervon sagen aber die §§ 313, 518, 766 BGB. nichts; § 313 Satz 2 BGB. bestimmt vielmehr klar und deutlich: durch die Auflassung usw. wird der Vertrag seinem ganzen Inhalte nach gültig.

Auch die Ausführungen Oertmanns, der die Lehre Staubs in vielen Dingen klarstellt, vermögen nicht zu überzeugen. Man kann sich mit ihm nur einverstanden erklären, wenn er sagt: das formlose Geschäft sei mehr als ein rechtliches Nichts, es erscheine als „ergänzungsbedürftiges, aber auch von vornherein als ergänzungsfähig erachtetes rechtsgeschäftliches Tatbestandsstück", der Übereignungsakt sei eine „Rechtsbedingung" usw.; seine Theorie erscheint jedoch trotz dieser Darlegungen immer noch ebenso willkürlich gewählt als den Bestimmungen des positiven Rechtes widersprechend. Mit Notwendigkeit ergibt sie sich aus seinen Ausführungen keineswegs. Vielmehr muß auch ihm eine petitio principii vorgeworfen werden, wenn er bei Erwähnung der Grundübereignung sagt: „Aber indem es (das Gesetz) von vornherein mit deren Möglichkeit rechnet, durch sie als weiteres Tat-

[25]) Vorausgesetzt nämlich, daß die Rechtsordnung für diesen besonderen Fall kein eigenes „Wirksamkeitserfordernis" aufstellt.

[26]) Ähnlich Thiesing § 1 S. 15.

bestandsstück dem ersteren (dem formlosen „Vertrag") die Vollwirksamkeit zuteil werden läßt, lehnt es dessen schlechtsinnige Unwirksamkeit eben in der Sache ab." Abgesehen davon, daß sich aus der aufgestellten Prämisse gar nicht notwendig die gezogene Schlußfolgerung ergibt, ist es natürlich ein leichtes, das zu beweisen, was man beweisen will, wenn man — ähnlich wie Staub — in der Prämisse das gewünschte Resultat („Vollwirksamkeit" im Gegensatz zur Unwirksamkeit) implicite bereits vorwegnimmt.

Was ferner gegen die Annahme spricht, die formwidrigen Abreden seien vor Bewirkung der realen Leistung nicht nichtig, sondern nur beschränkt unwirksam, haben wir bereits oben[27]) darzulegen versucht. Begrüßenswert an der Lehre Oertmann-Staubs ist vor allem die durch sie zum erstenmal klar ins Licht gestellte Erkenntnis, daß das Gesetz in den Bestimmungen über die Heilung von Mängeln der gesetzlichen Form den Parteien jeweils zwei verschiedene Abschlußformen — nicht „Vertragsarten", wie noch Staub[28]) formuliert — für den inhaltlich identischen Vertrag an die Hand gibt. Wir sind der Unwirksamkeitstheorie hierfür nicht unerheblich verpflichtet. In ihrem Gesamtergebnis aber müssen wir die Unwirksamkeitstheorie, obwohl sie zu einer Lösung kommt, die an sich, rein denkmäßig betrachtet, nicht nur nicht unmöglich, sondern sogar leicht verständlich wäre, doch als mit dem positiven Recht unvereinbar ablehnen.

2. Kapitel.

Praktische Folgerungen.

§ 5.

Zeitpunkt des Gültigwerdens; Rückwirkung; die Rechtslage zwischen Auflassung und Eintragung insbesondere.

I. Es wurde bereits betont, daß ein rechtsgültiger Realvertrag in den Fällen der §§ 313 Satz 2, 518 Abs. 2, 766 Satz 2 BGB., § 15 Abs. 4 Satz 2 GmbH.G. erst mit Bewirkung der realen Leistung zustandekommt und daß es bis zu diesem Zeitpunkt den Parteien daher freisteht, einseitig von den formlos getroffenen Vereinbarungen obligatorischen Inhalts abzugehen. Immerhin muß aber verlangt werden, daß die sich lossagende Partei ihre dahingehende Willensänderung der Gegenpartei

---

[27]) Lit. f des vorigen Paragraphen.
[28]) Diss. 1913 S. 22.

erklärt [1]), widrigenfalls sie gewärtigen muß, daß die einmal getroffenen obligatorischen Vereinbarungen bei Erfüllung seitens der Gegenpartei dennoch rechtsverbindlich werden. Die hierfür maßgebenden Gründe sind nicht rechtlicher Natur, sondern ergeben sich aus folgenden praktischen Erwägungen: Die Beweislast dafür, daß die sämtlichen angeblich getroffenen formwidrigen Vereinbarungen noch im Augenblick der realen Leistung von dem übereinstimmenden Willen der Parteien getragen werden [2]), obliegt demjenigen Vertragsteil, der sich auf die Heilung, d. h. die reale Abschlußart des Vertrages beruft [3]). Zu verlangen, er habe diesen Beweis auch dann noch zu führen, wenn er den behaupteten Vertragsinhalt bereits für die Zeit des Abschlusses des formlosen Quasivertrages bewiesen hat [4]), wäre eine unbillige Härte. Für das Fortbestehen der Willensübereinstimmung spricht vielmehr die Vermutung [5]); denn wenn auch die formlosen Vereinbarungen als Konsensualvertrag betrachtet nichtig sind und § 116 BGB. daher auf sie keine Anwendung finden kann, so bestehen sie doch als faktisches Geschehnis [6]), und man muß verlangen, daß dasselbe durch eine neue Handlung (Erklärung) einer der Parteien beseitigt, aus der Welt geschafft wird, wenn vermieden werden soll, daß es eines Tages unter neuen Voraussetzungen (reale Leistung) als Tatbestandsstück eines Innominatrealvertrages rechtliche Relevanz gewinnt. Dem Vertragsgegner obliegt es daher, die Vermutung des Fortbestehens der Willensübereinstimmung zu entkräften, d. h. substanziiert zu behaupten und im Bestreitungsfalle zu beweisen, daß er noch vor Bewirkung der realen Leistung sich von dem formlos Vereinbarten ausdrücklich losgesagt habe.

„Diese Loslösung vom Vertrage ist ihrer rechtlichen Natur nach weder ein Rücktritt, noch eine condictio, noch auch eine Anfechtung des Vereinbarten, sondern Widerruf einer noch nicht rechtsverbindlichen Erklärung, der dadurch die Möglichkeit genommen wird, rechtsverbindlich zu werden, ähnlich wie jede Willenserklärung widerrufen werden kann, ehe sie wirksam geworden ist." (§ 130 BGB.) [7]) Eine nicht un-

---

[1]) Ebenso v. d. Trenck in JW. 1922, 186 ff.

[2]) Denn diese Willensübereinstimmung ist wesentliche Voraussetzung für das Zustandekommen des Realvertrages und maßgebend für dessen Inhalt; siehe oben 1. Kap. § 3 lit. d am Ende. Bei Nichtübereinstimmung hinsichtlich einzelner Punkte bestimmt sich die Gültigkeit des Vertrages nach § 139 BGB.

[3]) Unbestritten.

[4]) So Planck 4. Aufl. Bem. 6a zu § 313; Baer, Diss. 1907 S. 77 ff.; WarnR. 1909 Nr. 350.

[5]) So RG. in JW. 1909, 191; OLG. Braunschweig in OLG. 23, 5, bezüglich der Vollmacht: KG. in OLG. 43, 66.

[6]) Dies wird von der Gegenmeinung immer übersehen!

[7]) Samter in JW. 1923, 743, der diesen Widerruf mit dem des § 873 Abs. 2 BGB. vergleicht. Ähnlich Daimer in BayNotV. 1926 S. 91.

interessante Folgerung prozessualer Art hat das Reichsgericht[8]) aus der Möglichkeit, vor Bewirkung der realen Leistung jederzeit einseitig von dem formlos Vereinbarten abzugehen, gezogen. Der Beklagte, sagt es, könne gegenüber einer Klage auf Auflassung nicht die Feststellung verlangen, daß im Falle des Vollzuges der Auflassung bestimmte formwidrige Vereinbarungen wirksam würden; eine solche Feststellung wäre nutzlos, weil doch immer hinterher im Bestreitungsfalle besonders festgestellt werden müßte, daß beide Parteien an der getroffenen Vereinbarung auch noch „zur Zeit der Auflassung[9]) festgehalten haben".

II. Ob dem im Augenblick der Bewirkung der Realleistung rechtsgültig werdenden Vertrag (schuldrechtlich) rückwirkende Kraft zukommt, d. h. ob die Parteien verpflichtet sind, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn „der Vertrag" bereits bei Verabredung seines obligatorischen Inhalts rechtgültig gewesen wäre, ist Auslegungsfrage. Jedenfalls ist eine Rückwirkung kraft Gesetzes ebenso wie jede dingliche Rückwirkung rundweg abzulehnen[10]); sie entbehrt jeglicher Grundlage im Gesetz[11]). Regel ist, daß die Rechtswirkungen eines Vertrages auf den Augenblick bezogen werden, in dem der Vertrag rechtsgültig wird. Praktisch wird jedoch weitaus in den meisten Fällen der §§ 313 Satz 2, 518 Abs. 2, 766 S. 2 BGB. usw. der Parteiwille darauf gerichtet sein, daß die Geschäftswirkungen bereits vom Abschluß des formlosen Quasivertrages datieren sollen[12]), und es steht nichts entgegen, diesen Parteiwillen als wesentlichen Vertragsbestandteil gelten zu lassen. Ist deshalb vereinbart, daß etwa der Käufer eines Grundstücks schon vor der Übereignung die Nutzungen desselben beziehen und Zinsen für den Kaufpreis entrichten soll, so können die vor der Übereignung bezogenen Nutzungen und Zinsen nicht zurückgefordert, die nichtbezogenen aber nachträglich noch gefordert werden. Der Mangel einer dinglichen Rückwirkung aber verhindert, z. B. daß Mängelgewährschaftsansprüche im Falle einer Verzögerung der Grundübereignung (§ 313 Satz 2 BGB.)

---

[8]) RG. 54, 109.

[9]) Richtiger: Eintragung, s. unten III.

[10]) Ebenso Planck 4. Aufl. Bem. 6b zu § 313; Oberneck 4. Aufl. I § 52 S. 487; Turnau-Förster 3. Aufl. I, 424; K.RGR. 5. Aufl. I, 180 Bem. 6 zu § 313; RG. 75, 115; OLG. 20, 141; Baer, Diss. 1907 S. 59 f.; Tochtermann, Diss. 1902 S. 59 ff.; Gierke, SR. 451; and. M. Reichel, ArchZivPrax. 104, 18; Staudinger 7./8. Aufl. Bem. V zu § 313; Enneccerus 6./8. Aufl. I, 2 S. 76; v. Tuhr II, 1 § 63 S. 503; Hachenburg S. 93; Düringer-Hachenburg 2. Aufl. II, 29 Anm. 36; Staub-Hachenburg 4. Aufl. Anm. 32 zu § 15 GmbH.G.

[11]) Vgl. oben 1. Kap. § 3 lit. h und Baer, Diss. 1907 S. 60 Ziff. 1.

[12]) Was mit einer (dinglichen!) Rückwirkung nicht identisch ist.

um mehr als ein Jahr nach § 477 BGB. verjährt wären, bevor sie geltend gemacht werden könnten[13]).

III. Während die im vorigen besprochenen Rechtsfragen literarisch betrachtet, im Laufe der Jahre bereits eine gewisse Sterilität erlangt haben, waren die mit der Rechtslage zwischen Auflassung und Eintragung (§ 313 Satz 2 BGB.) zusammenhängenden Probleme gerade in den letzten Jahren Gegenstand lebhaftester Erörterungen. Man verbaute sich vielfach den Weg zur Lösung dieser Fragen dadurch, daß man mit § 873 Abs. 2 BGB. arbeitete und behauptete, die bindende Wirkung der Auflassung gemäß § 873 Abs. 2 BGB. übertrage sich ipso jure auch auf das zugrunde liegende Kausalgeschäft; die durch die Auflassung geschaffene Rechtslage könne daher nicht mehr einseitig durch den Widerruf eines der Beteiligten verändert werden. Es sei nicht anzunehmen, daß das Gesetz den Widerruf nach der dinglichen Seite habe ausschließen, nach der obligatorischen Seite aber noch bis zur Eintragung habe gestatten wollen. Ein nach der Auflassung ergehender einseitiger Widerruf der obligatorischen Abreden müsse daher als rechtlich bedeutungslos erachtet werden[14]). Gegen diese Argumentation haben sich jedoch bereits in den letzten Jahren mehr und mehr Stimmen erhoben, welche die Zulässigkeit eines einseitigen Widerrufs der formlosen obligatorischen Vereinbarungen bis zur Eintragung verteidigen[15]). Vor allem hat Samter[16]) darauf hingewiesen, es sei bei der strengen Scheidung, die das BGB. zwischen dinglichem und obligatorischem Vertrag mache, nichts Ungewöhnliches, daß man dinglich, dagegen nicht obligatorisch gebunden sei. Die gegenteilige Ansicht, eine Auswirkung der Bestätigungstheorie, ist in der Tat unhaltbar. Aus der dinglichen Gebundenheit der Parteien gemäß Art. 873 Abs. 2 BGB. folgt keineswegs, daß dieselben nunmehr auch obligatorisch gebunden sein sollen; beides ist vielmehr scharf voneinander zu trennen. Mit § 313 Satz 2 BGB. steht § 873 Abs. 2 BGB. in keinem Zusammenhang; er bezieht sich lediglich auf die dingliche Einigung und ist auf das obligatorische Kausalgeschäft in

---

[13]) Ebenso RG. 75, 116; Planck a. a. O.; Baer, Diss. 1907 S. 62; die Ansicht Staudingers, der vom Standpunkt einer Rückwirkung ausgeht und daher, um der erwähnten Folgerung zu entgehen, in der Auflassung ein „vertragsmäßiges Anerkenntnis" sehen muß, das nach § 222 Abs. 2 Satz 2 BGB. die verjährten Ansprüche wieder aufleben läßt, kann nicht gebilligt werden.

[14]) Gruch. 57, 947; RG. 104, 105; Dernburg 3. Aufl. II, 2 § 206 III Note 8 bezügl. Schenkung; OLG. Rostock in OLG. 22, 196; KG. in OLG. 43, 67; Planck 4. Aufl. Bem. 6a zu § 313; Oberneck 4. Aufl. I § 52; Baer, Diss. 1907 S. 64.

[15]) KG. in JW. 23, 306; LG. Oppeln in JW. 23, 316; Freymuth in JW. 23, 761; neuerdings wieder Daimer in BayNotV. 1926 S. 89 ff. und S. 109 ff.; vgl. K.KGR. 5. Aufl. Bem. 7c und Bem. 13 zu § 873 BGB.

[16]) In JW. 23, 743.

keinem Falle anwendbar. Völlig unmöglich aber ist die Annahme, die obligatorischen Vereinbarungen seien zwar durch die Auflassung allein noch nicht geheilt, d. h. rechtsgültig geworden, sie seien aber von diesem Zeitpunkt an für die Parteien gemäß § 873 Abs. 2 BGB. dennoch bereits bindend und könnten daher nicht einseitig widerrufen werden. Unverbindlichkeit, im vorliegenden Falle die Möglichkeit, bis zur Vollendung des dinglichen Leistungsgeschäftes jederzeit einseitig von dem formwidrig Vereinbarten abzugehen, ist eine der bemerkenswertesten Auswirkungen der Formnichtigkeit. Daß aber die Formnichtigkeit der obligatorischen Abreden bis zur Eintragung, nicht etwa nur bis zur Auflassung, fortdauert und daß erst im Augenblick der Eintragung ein rechtsgültiger (Real-) Vertrag zustandekommt, geht aus § 313 Satz 2 BGB. unzweideutig hervor[18]). Auflassung und Eintragung bedingen gleichwertig und kumulativ die rechtliche Existenz des Realvertrages und dessen obligatorischem Inhalt bleibt solange jede Rechtswirksamkeit versagt, als nicht beide Erfordernisse in gültiger Weise[19]) erfüllt sind.

Das Gegenstück zu der Möglichkeit, noch zwischen Auflassung und Eintragung sich mit rechtlicher Relevanz von den formwidrigen Abreden (obligatorischen Inhalts) loszusagen, ist die Möglichkeit, noch zwischen Auflassung und Eintragung weitere obligatorische Abreden zu treffen, die als Bestandteil des gesamten Realvertrages im Augenblick der der Auflassung nachfolgenden Eintragung dann rechtsgültig werden[20]).

Bei den Rechtsfolgen, die ein in der fraglichen Zeit einseitig erklärter Widerruf nach sich zieht, ist zu unterscheiden zwischen der Rechtslage, wie sie vor der Eintragung und der, die nach diesem Zeitpunkt gegeben ist.

a) Vor der Eintragung kann der Verkäufer, der widerrufen hat, die Auflassung nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern[21]), und zwar auch dann, wenn er die Formnichtigkeit der obligatorischen Abreden gekannt hat. § 814 BGB. ist nicht anwendbar, da es sich nicht um condictio indebiti, sondern um condictio causa data causa non secuta (§ 815 BGB.) handelt[22]); der mit der Auf-

---

[18]) Siehe oben 1. Kap. § 3 lit. f.

[19]) Siehe unten § 8.

[20]) And. M. Planck 4. Aufl. Bem. 6a zu § 313; vgl. auch oben 1. Kap. § 3 lit. e.

[21]) Die Frage des Widerrufs und die der condictio werden in der Literatur nicht immer sauber geschieden.

[22]) Ebenso Fuchs, JW. 1923, 277 und Samter, ebenda S. 743; vgl. RG. 98, 239; and. M. OLG. München in Bay. Z. f. R. 1923, 154; KG. in JW. 1923, 307; Freymuth in JW. 1923, 761.

lassung beabsichtigte, aber bei Widerruf ausbleibende Erfolg ist nicht, wie das Kammergericht[23]) meint, die Vollendung des Eigentumsüberganges — diese wäre in dem fraglichen Zeitpunkt allerdings noch ungewiß! — oder, wie das OLG. München[23]) meint, „die Ermöglichung der Eintragung", sondern das Zustandekommen eines rechtsgültigen Realvertrages. Dies wird aber durch den Widerruf endgültig verhindert.

Um die Vollendung des Eigentumsüberganges zu verhindern, kann der Veräußerer gemäß § 938 ZPO. gegen den Erwerber[24]) eine einstweilige Verfügung erwirken, in der dem Erwerber verboten wird, den Eintragungsantrag (§ 13 GBO.) zu stellen bzw. geboten wird, den bereits gestellten Antrag zurückzunehmen (§ 32 GBO.)[25]). Es wird zweckmäßig sein, daß der Veräußerer diese einstweilige Verfügung zu den Grundakten bringt; denn nimmt der Grundbuchrichter nunmehr trotz Kenntnis der einstweiligen Verfügung, d. i. eines von Amts wegen zu berücksichtigenden Hindernisses, das der Eintragung entgegensteht, die Eintragung vor, so begeht er eine Verletzung seiner Amtspflichten, die den Staat haftbar macht[26]).

b) Mit der Eintragung gehen die erwähnten Kondiktionsansprüche keineswegs unter; sie bestehen weiter fort und können erforderlichenfalls durch Vormerkungen auf Rückübertragung oder Rückauflassung gesichert werden[27]). Fuchs[28]) meint zwar, „um die gesetzliche Bestimmung des § 313 Satz 2 BGB. sei nicht herumzukommen", d. h. (für ihn) die formlosen obligatorischen Abreden würden trotz des erfolgten Widerrufs mit der Eintragung rechtsgültig, die bis dahin bestehenden Kondiktionsansprüche also hinfällig; damit verkennt Fuchs jedoch die Rechtslage. Die von dem übereinstimmenden Willen der Parteien getragenen Abreden obligatorischen Inhalts bilden einen integrierenden Bestandteil des Innominatrealvertrages[29]); werden sie noch vor Abschluß des dinglichen Erfüllungsaktes, im Falle des § 313 Satz 2 BGB., also noch vor Eintragung der dinglichen Rechtsänderung in das Grundbuch, durch Widerruf entkräftet, so fehlt es an einem für das Zustande-

---

[23]) a. a. O.

[24]) Nicht aber gegen das Grundbuchamt: KG. in OLG. 43, 67; vgl. Güthe 3. Aufl. I, 459 § 19 Anm. 125 und die dort zit. Entsch.; and. M. KG. in JW. 23, 306, und LG. Oppeln in JW. 23, 316; oder gegen den Notar: OLG. München in Bay. Z. f. R. 1923, 153 ff.; and. M. OLG. Augsburg in JW. 21, 533 und Lindemeyer in JW. 22, 214.

[25]) Ebenso KG. in OLG. 43, 67 und Fuchs in JW. 23, 42 und 762.

[26]) OLG. 43, 67; Fuchs in JW. 23, 762.

[27]) Marcuse in JW. 23, 41; LG. Oppeln in JW. 23, 316; Samter in JW. 23, 743.

[28]) In JW. 23, 743 und 762; ebenso KG. in OLG. 43, 67 und Oertmann in ZblFG. 1916, 589.

[29]) Siehe oben 1. Kap. § 3 lit. c bis e.

kommen des Innominatrealvertrages unerläßlichen Element und das Geleistete kann daher, da ohne rechtlichen Grund bewirkt, kondiziert werden.

IV. Die Entscheidung der Fragen, von welchem Zeitpunkt an der Innominatrealvertrag als rechtlich bestehend anzusehen ist und ob demselben dinglich rückwirkende Kraft zukommt, wirft, wie begreiflich, auch auf die Rechtsgebiete des Zivilprozeß- und Konkursrechtes ihre Schatten. Aus der von uns vertretenen Ansicht, wonach die formlosen obligatorischen Abreden bis zum Zeitpunkt der realen Erfüllung ausnahmslos nichtig sind, folgt, daß eine Pfändung des Kaufpreises im Falle des § 313 Satz 2 BGB. vor erfolgter Eintragung des durch die Auflassung lediglich eingeleiteten Eigentumsüberganges nichtig ist, da bis zu diesem Zeitpunkt eine Forderung auf Zahlung des bedungenen Kaufpreises nicht bestand[30]). Ferner bemerkt Hachenburg (a. a. O.) zutreffend, eine Schenkung, die am 2. Januar 1900 mündlich zugesagt, aber erst am 2. Juli 1900 vollzogen wurde, sei anfechtbar, wenn der Schenker am 2. März 1901 in Konkurs gerate; denn das in § 32 Ziff. 1 KO. erwähnte Jahr laufe erst von der Erfüllung des nichtigen Schenkungsversprechens, m. a. W. vom Augenblick des (rechtlichen) Zustandekommens eines Schenkungsrealvertrages ab.

§ 6.

Gültigkeit, Anfechtbarkeit und Rechtswirksamkeit des Vertrages.

Gültigkeit, Anfechtbarkeit und (beschränkte und relative) Rechtswirksamkeit des Vertrages bestimmen sich auch in den Fällen der §§ 313 Satz 2, 518 Abs. 2, 766 Satz 2 BGB., § 15 Abs. 4 Satz 2 GmbH.G. nach den allgemeinen Grundsätzen[1]). Es ist daher möglich, daß ein in der Form des Innominatrealvertrages geschlossener Grundstücksveräußerungs-, Schenkungs- oder Bürgschaftsvertrag trotz der „Heilung" etwa wegen Verstoßes gegen die guten Sitten oder wegen (versteckten oder offenen) Dissenses nichtig ist, ein Punkt, der, wie schon gesagt wurde, die Bestätigungstheorie zu Fall bringen muß. Unter der Vorstellung einer Heilung läßt sich die erwähnte Erscheinung nur schwer erfassen; man half sich bisher damit, daß man sagte, es werde nur der Mangel der Form als solcher geheilt, nicht dagegen auch der kraft Gesetzes nichtige Inhalt des Vertrages[2]), eine Formulierung, die zwar begrifflich, aber

---

[30]) Hachenburg, Vorträge 2. Aufl. S. 93; Düringer-Hachenburg 2. Aufl. II, 29 Anm. 36.

[1]) §§ 105 ff., 119, 123, 138, 139, 154 ff., 306 BGB. usw.

[2]) So z. B. Baer, Diss. 1907 S. 83; ähnlich Tochtermann, Diss. 1902 S. 67; Kracht, Diss. 1902 S. 51.

nicht juristisch einwandfrei erscheint. Sie übersieht, daß in den Fällen des Formtypus A das Formerfordernis eine derart innige Verbindung mit dem Vertragsinhalt, dem eigentlichen Kern des Vertrages eingeht, daß eine Abstraktion der Form von dem Vertragsinhalt i. S. einer getrennten Heilungsmöglichkeit beider Elemente unzulässig ist. Wie irreführend es ist, zu sagen, die reale Leistung heile nur den Mangel der Form, beweist die Folgerung, die Stolz[3]) daraus zog. Da die Realleistung, sagt er, nur Formmängel heilt, so kann ein etwa wegen unrichtiger Angabe des Kaufpreises gemäß § 116 BGB. nichtiger Grundstücksveräußerungsvertrag nicht geheilt werden. Die Rechtsprechung hat jedoch diese Auffassung zutreffend mit der Begründung widerlegt, die Realleistung erfolge nicht zur Ausführung des nach § 116 BGB. nichtigen Scheinvertrages, sondern des durch diesen verdeckten, wirklich gewollten formlosen Vertrages und dieser letztere stelle somit das Substrat der Heilung dar.

Die Gültigkeit des Vertrages kann zumal durch § 139 BGB. in Frage gestellt sein, und zwar nicht nur dann, wenn ein Teil der obligatorischen Abreden[4]) auch nach der Erfüllung aus irgendeinem Grunde nichtig ist, sondern insbesondere auch dann, wenn ein Vertrag, in dem sich der eine Teil zur Übertragung seines gegenwärtigen, u. a. in Liegenschaften bestehenden Vermögens verpflichtet, ohne Beobachtung der in § 311 BGB. geforderten Form geschlossen und durch Übereignung der einzelnen Vermögensgegenstände, darunter auch der Grundstücke, erfüllt wird[5]).

Eine eigentümliche Schwierigkeit entsteht aus der Möglichkeit, daß einer der Vertragschließenden, nachdem er mit der Gegenpartei formlos den obligatorischen Inhalt des Innominatrealvertrages verabredet und einem Dritten gültige Vollmacht zum Abschluß des dinglichen Leistungsgeschäftes erteilt hat, noch vor Ausführung des letzteren durch den Dritten die Geschäftsfähigkeit verliert. Darf man annehmen, daß auch in diesem Falle bei Bewirkung der versprochenen Leistung (Grundstücksübereignung, Geschäftsanteilsabtretung, Leistung des schenkweise Versprochenen usw.) durch den Bevollmächtigten ein rechtsgültiger Innominat-Realvertrag zustandekommt? Die Literatur schweigt über

---

[3]) In JW. 21, 1359.

[4]) Wobei es keinen Unterschied macht, ob dieselben neben einem formgerechten Formalvertrag, den sie, wegen Formmangels nichtig, nach § 139 BGB. ebenfalls nichtig machen, getroffen wurden oder nicht; denn im ersteren Falle verschmelzen sie, wie bes. v. d. Trenck in JW. 22, 186 hervorhebt, mit dem mündlich verabredeten Inhalt der Urkunde zu einer einheitlichen, mündlichen, einheitlich nichtigen Vereinbarung; vgl. RG. 97, 220; Oberneck 4. Aufl. I § 52 S. 485 u. a.

[5]) RG. 61, 284; SeuffArch. 75 Nr. 148; K.RGR. 5. Aufl. I, 443.

diese Frage; wir glauben sie bejahen zu dürfen. Bestimmungen, wie die der §§ 130, 878 BGB. beweisen, daß das BGB. eine Veränderung in der Geschäftsfähigkeit der Person als für die abgegebene Erklärung unbehelflich behandelt wissen will, wenn der Handelnde seinerseits alles getan hat, was seinerseits zum Wirksamwerden der Erklärung bzw. des Rechtsgeschäfts erforderlich ist, und bei Abgabe der Erklärung voll geschäftsfähig war. Diese Voraussetzungen aber haben wir gemacht; wir haben angenommen, daß der Handelnde bei voller Geschäftsfähigkeit den obligatorischen Inhalt des Vertrages verabredet und damit den konsensual-obligatorischen Teil des Innominatrealvertrages in einer Weise gesetzt hat, die nur noch des Nachfolgens eines gültigen Bewirkungsgeschäfts bedarf, um rechtswirksam zu werden. Da nicht wie bei den echten Realverträgen „re" kontrahiert wird, der Zeitpunkt des (rein faktischen) Verabredens der obligatorischen Beziehungen mit dem des Zustandekommens des (Innominat-) Realvertrages also nicht notwendig zusammenzufallen braucht, erscheint es auch zulässig, das Gegebensein der die Rechtsgültigkeit bedingenden Erfordernisses für jedes Tatbestandsstück *getrennt* für die Zeit zu prüfen, in der es als rein tatsächliches Geschehnis gesetzt wurde, und demgemäß anzunehmen, daß die Geschäftsfähigkeit der Parteien nur im Augenblick des rein faktischen Zustandekommens des konsensual-obligatorischen Vertragsteiles, nicht mehr aber im Augenblick der realen Leistungsbewirkung vorhanden zu sein braucht, wenn durch rechtsgültige Vollmacht dafür gesorgt ist, daß das dingliche Leistungsgeschäft durch Dritte rechtswirksam vorgenommen werden kann.

Es ist ferner die Frage zu prüfen, ob ein rechtsgültiger Innominat-Realvertrag auch dann zustandekommt, wenn das (bereits vollzogene) Leistungsgeschäft durch Irrtum[6]), arglistige Täuschung oder Drohung motiviert ist. Die Regelung der §§ 119, 123 BGB. läßt erkennen, daß das BGB. derart motivierte Geschäfte grundsätzlich, d. h. von sich aus, den einwandfrei entstandenen gleichsetzt und sie alle ihnen immanenten Rechtswirkungen hervorbringen läßt, sofern der „Anfechtungsberechtigte" das Geschäft nicht durch besonderen Willensakt, genannt Anfechtung, zu Fall bringt. Man muß deshalb auch dem anfechtbaren Leistungsgeschäft die Wirkung der §§ 313 Satz 2, 518 Abs. 2, 766 Satz 2 BGB. usw. zusprechen[7]) und dementsprechend annehmen, daß durch erfolgreiche Anfechtung nicht nur das dingliche Bewirkungsgeschäft, sondern der gesamte Innominat-Realvertrag hinfällig gemacht und ein

[6]) Allerdings nicht durch Irrtum über die rechtliche Bedeutung des Formmangels und die Legalwirkung der res; s. oben 1. Kap. § 3 g.

[7]) And. M. bezügl. § 123 BGB. *Staudinger* 7./8. Aufl. Bem. II, 6 zu § 518; *Reichel*, ArchZivPrax. 104, 12 ff.

Herausgabe- bzw. Bereicherungsanspruch begründet werden kann (§§ 142, 812 ff. BGB.)[8]).

§ 7.

Identität der Parteien und des Objekts.

In die von uns gewählte Konstruktion der §§ 313 Satz 2, 518 Abs. 2, 766 Satz 2 BGB., § 15 Abs. 4 Satz 2 GmbH.G. als Innominatrealverträgen fügt sich die von einer feststehenden Rechtsprechung aufgestellte, bisher jedoch nur schwer begründbare Heilungsvoraussetzung der Identität von Partei und Objekt mit völliger Zwanglosigkeit ein. Es bedarf keiner weitschweifigen Erörterungen, um einzusehen, daß, wenn konsensual-obligatorische Abreden und reale Leistungsbewirkung lediglich Tatbestandsstücke eines und desselben Innominatrealvertrages sind, es unmöglich ist, daß in dem einen Tatbestandsstück andere Personen als (Real-) Vertragsschließende oder andere Objekte als Gegenstand des einen Realvertrages erscheinen können, als in dem anderen Tatbestandsstück.

I. Nur scheinbare Durchbrechungen des Prinzips der Identität der Parteien stellen die nachfolgenden, von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze dar.

1. Auch der durch einen Dritten vollzogenen Bewirkung der realen Leistung kommt die Wirkung der §§ 313 Satz 2, 518 Abs. 2, 766 Satz 2 BGB. usw. zu, sofern der Dritte mit Einwilligung und im Auftrage des Veräußerers, Schenkers, Bürgen usw. handelt[1]); d. h. es ist unerheblich, ob die Leistung von dem letzteren selbst oder von seinem Vertreter vorgenommen wird[2]). Daß trotz einer physischen Dualität von Vertretenem und Vertreter die juristische Identität der Partei hier gemäß § 164 Abs. 1 BGB. gewahrt ist, bedarf für den juristisch Geschulten keiner weiteren Darlegung. Entsprechendes gilt, wenn nicht der Leistungsadressat selbst, sondern in seinem Namen sein Vertreter die versprochene Leistung annimmt.

2. Oberneck[3]) meint, bei einer externen Schuldübernahme, bei welcher der Dritte an die Stelle des bisherigen Erwerbers tritt (mit Bezug z. B. auf die Kaufpreisschuld) würden durch Auflassung und Eintragung an den Schuldübernehmer alle zwischen den „ursprünglichen Kontrahenten" getroffenen Vereinbarungen auch dem Dritten gegen-

---

[8]) Ebenso Planck 4. Aufl. Bem. 6a zu § 313; Tochtermann, Diss. 1902 S. 63; Staub-Hachenburg 4. Aufl. Anm. 33 zu § 15 GmbH.G.

[1]) K.RGR. 5. Aufl. Bem. 4 zu § 518; Planck 3. Aufl. Bem. 3 zu § 518; v. Tuhr II, 1 § 63 S. 503 Note 50.

[2]) Oberneck 4. Aufl. I § 52 S. 486.

[3]) 4. Aufl. I § 52 S. 487; ebenso Turnau-Förster 3. Aufl. I, 429 Anm. 7a.

über rechtsgültig. An dieser im Ergebnis richtigen Feststellung ist lediglich die Formulierung zu beanstanden. Ob die Übernahme einer „Schuld", die im Augenblick der Übernahme, also vor der Übereignung des Grundstücks, noch gar nicht besteht, überhaupt eine „Schuldübernahme" i. S. des § 414 BGB. ist, mag dahingestellt bleiben; denn es ist jedenfalls sicher, daß wir es mit einem Wechsel der den Realvertrag schließenden Parteien noch vor Zustandekommen desselben zu tun haben. Nach § 414 BGB. scheidet der bisherige Schuldner als solcher nach der Schuldübernahme vollkommen aus; da aber in dem obigen Beispiel im Augenblick der Quasischuldübernahme ein rechtsgültiger Innominatrealvertrag noch gar nicht zustande gekommen ist, erscheint es richtiger, zu sagen, Kontrahenten des Innominatrealvertrages seien der Quasischuldübernehmer und der Gegenkontrahent des früheren, nunmehr völlig ausscheidenden Quasikontrahenten. Die Quasischuldübernahme hat dabei lediglich die Bedeutung einer Bestätigung der zwischen den früheren Quasikontrahenten vereinbarten, konsensual-obligatorischen Abreden durch den „Schuldübernehmer".

3. Ähnlich gelagert ist die Rechtslage im Falle einer „Zession". Man[4]) spricht von der Möglichkeit einer „mit heilender Kraft ausgestatteten Leistung an den Zessionar" oder „Rechtsnachfolger" des „Gläubigers", als sei es selbstverständlich, daß schon vor Bewirkung der realen Leistung von Zession, Rechtsnachfolge, Gläubigern usw. gesprochen werden könnte. In Wahrheit ist die Rechtslage folgende: A hat z. B. mündlich mit B einen Kaufvertrag über ein Grundstück verabredet; noch vor der Auflassung tritt in der Ausdrucksweise der Gegenmeinung B, der „Erwerber", seine „Rechte" an C ab, während B bezüglich der Kaufpreisschuld usw. Verpflichteter bleibt. Nun besteht aber in dem erwähnten Zeitpunkt ein Anspruch auf Eigentumsübertragung noch gar nicht; die erfolgte Zession ist daher nur eine Quasiabtretung. Übereignet nun der Veräußerer das versprochene Grundstück dem C, so entsteht zwischen A und B ein rechtsgültiger (Innominat-) Realvertrag, trotzdem die reale Leistung an einen Dritten C bewirkt worden ist. Dies ist nur möglich, weil A mit Einwilligung des B an C zum Zwecke der Erfüllung gegenüber B geleistet und diese Leistung daher auch gegenüber B als rechtlich befreiende Erfüllung zu gelten hat[5]). Daß aber Heilung eintritt, d. h. daß ein rechtsgültiger Realvertrag auch

---

[4]) z. B. OLG. Rostock in OLG. 16, 365; Gutbrod, Diss. 1904 S. 113 ff.

[5]) § 362 Abs. 2 BGB. ist nur anwendbar, wenn der Dritte C weiß, daß er mit Annahme der Realleistung über die in diesem Augenblick zur Entstehung gelangende Forderung des B verfügt, daß also die Realleistung gleichzeitig als Erfüllung gegenüber B gelten soll. Bett, Diss. 1911 S. 87 übersieht dies.

dann zustande kommt, wenn die Leistung mit Zustimmung des Quasigläubigers obligandi oder solvendi causa an einen Dritten erfolgt, ist in der Rechtsprechung und Literatur allgemein anerkannt[6]). Dabei ist es nicht notwendig, daß der Dritte, C, weiß oder gar billigt, daß die Leistung an ihn zugleich als Erfüllung gegenüber A gelten soll; das Gegenteil wird nur von Autoren behauptet, die in der realen Leistung eine Bestätigung i. S. des § 141 BGB. sehen. Der Dritte, C, hat also außer in den Fällen, in denen eine Quasizession zwischen B und C stattgefunden hat und C durch die Übereignung unmittelbar Berechtigter geworden ist, die Stellung eines solutionis causa adiectus[7]).

Man könnte meinen, die vorgetragene Konstruktion entferne sich von der römischen Auffassung des Realvertrages schon ziemlich weit; allein auch beim Darlehen des römischen Rechts, also bei einem nach römischen Recht echten Realkontrakt, begründete es keinen Unterschied, ob unmittelbar an den Darlehensempfänger oder auf dessen Anweisung oder mit dessen Genehmigung an einen Dritten die Auszahlung der Darlehensvaluta erfolgte[8]), ein Beweis dafür, daß die gewählte Lösung mit dem Wesen des (Nominat- oder Innominat-) Realvertrages keineswegs unvereinbar ist. Zudem kann sie auch vom rechtspolitischen Standpunkt aus nur als befriedigend bezeichnet werden; mag immerhin die Realleistung rechtspolitisch betrachtet die Funktion eines Garantiemoments für den ernstlichen Geschäftswillen der Vertragschließenden haben, so verliert sie diesen Charakter doch nicht dadurch, daß an einen Dritten geleistet wird. Daran, an wen geleistet wird, kann die Rechtsordnung schlechterdings kein Interesse haben; sie darf getrost die Bestimmung des (wirtschaftlichen) Leistungsempfängers den Parteien anheimgeben.

Durch die aufgestellten Grundsätze ist praktisch die Möglichkeit geschaffen, unter Überspringung von Zwischenpersonen durch einmalige Vornahme des (dinglichen) Leistungsgeschäftes mehrere rechtsgültige Innominat-Realverträge zustande zu bringen. Praktisch weitaus der häufigste der hierher gehörigen Fälle ist der, daß der erste Abkäufer B das Grundstück oder den Geschäftsanteil formlos an einen Dritten, C, weiter veräußert und die unmittelbare Leistung des Veräußerers A an

---

[6]) OLG. Rostock in OLG. 16, 365; RG. 82, 346; RG. 85, 273; RG. 31, 230; RG. in JW. 1904, 169 Nr. 10; Planck 4. Aufl. Bem. 6a zu § 313; Baer, Diss. 1907 S. 65 ff.; Bett, Diss. 1911 S. 87; R. F. H. in JW. 1922, 836; Gutbrod, Diss. 1904 S. 113 f.; bezügl. § 15 Abs. 4 GmbH.G.: RG. 71, 402; RG. 76, 307; Staub-Hachenburg 4. Aufl. Bem. 30 zu § 15 u. a.

[7]) Über die Zulässigkeit der Vereinbarung eines solutionis causa adiectus nach BGB. vgl. die Kommentare zu § 362 BGB.

[8]) Salkowsky 7. Aufl. § 139 I S. 370.

C als Erfüllung gegenüber sich gelten läßt[9]). Denkbar ist aber auch, daß A außer mit B auch mit C mündlich einen selbständigen Veräußerungsvertrag verabredet und die Leistung als Erfüllung beider Realverträge unmittelbar von A an C erfolgt. Endlich gehört hierher der Fall, daß an einen Bevollmächtigten des Gegenkontrahenten in der Weise geleistet wird, daß die reale Leistung tatsächlich und rechtlich in das Vermögen nicht des Gegenkontrahenten, sondern des Bevollmächtigten übergeht, z. B. indem der Bevollmächtigte die Auflassungserklärung im eigenen Namen abgibt und demgemäß selbst als neuer Eigentümer in das Grundbuch eingetragen wird; die Wirkung des § 313 Satz 2 BGB. ist hier nicht grundsätzlich, wie Oberneck[10]) meint, sondern nur dann ausgeschlossen, wenn die Zustimmung des Vollmachtgebers dazu fehlt, daß der Bevollmächtigte selbst die reale Leistung in sein Vermögen übernimmt.

II. Weniger aufschlußreich vom Standpunkte einer Realkonstraktionstheorie sind die Grundsätze, welche die Rechtsprechung bezüglich der für die Heilung erforderlichen Identität des Objekts entwickelt hat. Es sind in Kürze folgende:

Die Identität des Objekts fehlt, wenn etwa privatschriftlich der Verkauf eines Grundstücks oder Grundstücksteiles a verabredet wird, der Veräußerer hierbei die Verpflichtung übernimmt, dem Käufer oder einem Dritten später noch die Grundstücke bzw. Grundstücksteile b, c, d zu verkaufen oder zu übereignen und zunächst nur das Grundstück a dem Käufer übereignet wird[12]); ob hier wenigstens über das Grundstück bzw. die Parzelle a ein rechtsgültiger Innominatrealvertrag zustande gekommen ist, bestimmt sich nach § 139 BGB. Dagegen erlangt ein Innominatrealvertrag Rechtsgültigkeit, der etwa in der Weise zustande kam, daß formlos ein Grundstück x, das aus den Parzellen a, b, c, d besteht, verkauft, hierbei vereinbart wird, daß der Käufer unter gewissen Voraussetzungen entweder zur Rückauflassung des ganzen Grundstücks x oder einzelner Parzellen an einen Dritten C[14]) ver-

[9]) In Verfolgung dieses Prinzips lassen sich ganze Ketten von Innominat-Realverträgen bilden, die alle durch einen einzigen dinglichen Leistungsakt rechtsgültig und gleichzeitig erfüllt werden. Handelt es sich um Grundstücksveräußerungsverträge, so sind alle Verträge dieser Kette gemäß. § 5 Abs. 3 des Grunderwerbssteuergesetzes vom 21. 9. 1919 steuerpflichtig; R. F. H. in JW. 1922, 836 Nr. 9.

[10]) 4. Aufl. I § 52 S. 487.

[11]) RG. 60, 339; OLG. Posen in OLG. 6, 43; Baer, Diss. 1907 S. 67; Kracht, Diss. 1902 S. 48; Tochtermann, Diss. 1902 S. 64; Bett, Diss. 1911 S. 84.

[12]) RG. bei Gruch. 50, 940 Nr. 78; Oberneck 4. Aufl. I § 52 S. 487; Baer, Diss. 1907 S. 75; Bett, Diss. 1911 S. 85.

[14]) OLG. Braunschweig in OLG. 23, 5; Oberneck a. a. O.

pflichtet sein soll, und das Grundstück x dem Käufer übereignet wird. Ebenso ist ein Innominatrealvertrag gültig, der auf dem Umwege zustande kam, daß zunächst ein notarieller Kaufvertrag über das Grundstück y mit Ausschluß des Bauplatzes geschlossen, später die Veräußerung mündlich oder privatschriftlich auf den Bauplatz ausgedehnt und endlich das ganze Grundstück mit Einschluß des Bauplatzes dem Käufer übereignet wurde, ein Tatbestand, wie er der Entscheidung des OLG. Celle[15]) zugrunde liegt. Man wird vielleicht einwenden, ein Innominatrealvertrag, dessen konsensual-obligatorisches Tatbestandsstück z. T. aus formlosen und bis zur Bewirkung der Realleistung formnichtigen Abreden obligatorischen Inhalts bestehe, sei undenkbar; allein dieser Einwand geht fehl, da die rechtliche Konstruktion eines Tatbestandes, wie er dem OLG. Celle vorlag, eine andere ist. Der notarielle Kaufvertrag in obigem Falle ist gemäß § 139 BGB. nichtig, da späterhin der Vertrag formwidrig auf den Verkauf des Bauplatzes ausgedehnt wurde, eine Vertragsänderung, die nach § 313 Satz 1 BGB. der Form bedurfte und mangels Einhaltung dieser Form daher gemäß § 125 BGB. nichtig ist, und da in Anbetracht der Sachlage nicht angenommen werden kann, daß die Parteien den Inhalt des notariellen Vertrages auch ohne die formwidrige Vertragsänderung gewollt haben[16]). Er scheidet daher als Tatbestandselement vollkommen aus und kann nur noch zur Auslegung des Innominatrealvertrages und als Beweismittel verwendet werden. Die mündlichen Abmachungen aber, die dem notariellen Vertrage vorausgingen[17]) und deren Niederschlag die notarielle Urkunde ist, verbinden sich mit der formlosen Vertragsänderung zu einer einheitlichen formwidrigen Vereinbarung[18]), die als solche den konsensualobligatorischen Teil des Innominatrealvertrages ausmacht.

Eine Identität der bewirkten mit der versprochenen Leistung muß aber nicht nur in dem Sinne gegeben sein, daß das geleistete Objekt das gleiche sein muß, wie das versprochene, sondern auch in der Weise, daß ebensoviel geleistet werden muß, als versprochen war, wenn ein rechtsgültiger Innominatrealvertrag zustandekommen soll. Oberster Grundsatz hinsichtlich des Umfanges der realen Leistung ist somit, daß eine teilweise „Erfüllung" den Formmangel im Zweifel nicht heilt. Diese Regel erleidet jedoch durch § 139 BGB. eine wesentliche Einschränkung dahin, daß ein rechtsgültiger Realvertrag über einen Teil der versprochenen Leistung dann zustandekommt, wenn anzunehmen ist, daß die Parteien den Realvertrag über den tatsächlich bewirkten

[15]) In OLG. 16, 364.
[16]) Ebenso RG. 65, 392; and. M. RG. 51, 181.
[17]) Ein Fall, wo sie fehlen, ist schlechterdings undenkbar.
[18]) Ebenso sehr klar und überzeugend v. d. Trenck in JW. 1922, 186.

Teil der versprochenen Leistung auch ohne eine rechtsgültige Regelung bezüglich des Restes der versprochenen Leistung geschlossen hätten. Es ist daher sowohl die Lehre, durch teilweise Erfüllung könne überhaupt nie eine „Heilung" eintreten, wie auch die Ansicht, schon durch teilweise Erfüllung würden die obligatorischen Abreden auch hinsichtlich des Restes der versprochenen Leistung rechtsgültig, abzulehnen. Entscheidend für die Frage, ob schon einer teilweisen Erfüllung die Wirkung der §§ 313 Satz 2, 518 Abs. 2, 766 Satz 2 BGB., § 15 Abs. 4 Satz 2 GmbH. G. zukommt, ist vielmehr der Parteiwille. Es ist daher in jedem Falle besonders zu prüfen, ob ein mit teilweiser Erfüllung, d. h. mit rechtsgültiger Regelung nur eines Teiles des geplanten Vertragsinhaltes sich begnügender beiderseitiger Parteiwille vorhanden ist; fehlt er, so kann das Geleistete kondiziert werden. Hingegen läßt sich nicht einwenden, § 313 Satz 2 BGB. bestimme, die formwidrigen Verabredungen würden bei Leistung „ihrem ganzen Inhalte nach" rechtsgültig; denn wie die Motive ausweisen, sind diese Worte nur eingeschoben, um die in der preußisch-rechtlichen Literatur herrschende Streitfrage über die Gültigkeit der sog. „Nebenabreden" abzuschneiden. Allerdings wird man in den meisten der hier in Betracht kommenden Fälle in der Beschränkung der Realleistung auf einen Teil der formlos versprochenen Leistung ein stillschweigendes Abgehen der Parteien von dem ursprünglich verabredeten Vertragsinhalt und den Abschluß eines Innominatrealvertrages mit neuem Vertragsinhalt sehen dürfen.

Die dargelegten Grundsätze sind heute allgemein anerkannt. Im einzelnen kommen folgende Fälle in Betracht:

a) Formwidrig wird die Übereignung eines Grundstücks mit der Gesamtfläche von x ha oder die Abtretung eines ganzen GmbH.-Geschäftsanteils verabredet, demnächst aber die Auflassung und Umschreibung nur einzelner unter die Gesamtfläche fallender Grundstücksteile[19]), bzw. die Abtretung nur eines Teiles des Geschäftsanteils[20]) vorgenommen.

b) Formwidrig wird die Übereignung mehrerer Grundstücke[21]) oder die Abtretung mehrerer Geschäftsanteile[22]) zugesagt, nach-

[19]) Planck 4. Aufl. Bem. 6a zu § 313; Gruchot 50, 942; Recht 1907. 307 Nr. 567; Baer, Diss. 1907 S. 69; and. M. Oberneck 4. Aufl. I § 52 S. 485.

[20]) RG. 43, 138.

[21]) Planck a. a. O.; RG. 61, 265; Staudinger 7./8. Aufl. Bem. V zu § 313; Oberneck a. a. O. S. 486; RG. 56, 386; OLG. 3, 93; OLG. 4, 237; OLG. 6, 43; JW. 1904, 169; Oertmann 3./4. Aufl. Bem. 7b zu § 313; Baer, Diss. 1907 S. 67 ff. — And. M. Dernburg III § 90 Ziff. 8; OLG. Posen in SeuffArch. 58, 390; v. Tuhr II, 1 § 63 S. 503 Note 48.

[22]) KG. in JW. 1924, 1179; Staub-Hachenburg 4. Aufl. Anm. 33 zu § 15; L. Z. 20, 652; Recht 1920 Nr. 1389.

träglich aber nur eines oder einzelne dieser Objekte übereignet (bzw. übertragen).

c) Der Schenker schenkt nur einen gewissen Teil von dem, was er formlos versprochen hatte[23]).

d) Der Bürge, der sich für die Schuld eines andern einschließlich der Zinsschuld formlos verbürgt hat, erfüllt nur die Hauptverbindlichkeit ohne die Zinsschuld.

e) Formwidrig wird ein Tauschvertrag über zwei oder mehrere Grundstücke abgeschlossen[24]) oder Geschäftsanteile einer GmbH. werden gegen ein Grundstück eingetauscht[25]). Nur wenn sämtliche der versprochenen Objekte übereignet bzw. übertragen sind, ist der Realtauschvertrag rechtsgültig, da die Erwägung, auf der die Bestimmungen der §§ 313 BGB., 15 Abs. 4 GmbH.G. beruhen, hier „nach beiden Seiten schlägt".

§ 8.

Freiwilligkeit und Gültigkeit der realen Leistung.

I. Soll die reale Leistung als Garantiemoment für den ernstlichen Geschäftswillen der leistenden Partei gelten können[1]), so muß sie notwendigerweise eine freiwillige i. S. eines Ausschlusses jedes rechtlichen[2]) Zwanges sein. Wird daher die Leistung im Wege der Zwangsstreckung durch staatlichen Eingriff erzwungen oder gemäß § 894 ZPO. die zur dinglichen Einigung erforderliche Willenserklärung der einen Partei durch rechtskräftiges Urteil ersetzt, so bleiben die Wirkungen der §§ 313 Satz 2, 518 Abs. 2, 766 Satz 2 BGB., § 15 Abs. 4 Satz 2 GmbH.G. aus[3]). Praktisch wird dies vor allem dann, wenn neben oder nach einem formgerechten Konsensualvertrag noch formlose Zusatzverabredungen, die den Formalvertrag nach § 139 BGB. nichtig machen, getroffen, von den Parteien im Prozeß aber nicht vorgetragen werden; ferner bei Prozessanerkenntnis (§ 307 ZPO.) und möglicherweise (§ 331 Abs. 2 ZPO.) auch bei Versäumnis. Es ist unrichtig, wenn Staub[4]) be-

---

[23]) And. M. K.RGR. 5. Aufl. Bem. 4 zu § 518.

[24]) RG. 56, 386; SeuffArch. 62, 231; Staudinger a. a. O.; Oberneck a. a. O.; Oertmann a. a. O. Planck a. a. O.; Recht 1907, 307 Nr. 567; Enneccerus 6./8. Aufl. I, 2 S. 76 Note 19; Gierke, Sachenr. 451; Baer a. a. O. S. 70; Turnau-Förster 3. Aufl. I, 347 b; Z. f. d. Not. 1912 S. 40; and. M. auf Grund Wortlauts Dernburg III § 89 Nr. 8; OLG. 8, 36.

[25]) Staub-Hachenburg 4. Aufl. Anm. 31 zu § 15.

[1]) Siehe oben 1. Kap. § 3 lit. a.

[2]) Über physischen Zwang (§ 123 BGB.) s. oben § 6.

[3]) Vgl. Staudinger 7./8. Aufl. Bem. II, 6 zu § 518; Reichel, Arch.-ZivPrax. 104 S. 12 ff.

[4]) Diss. 1913 S. 31 § 4.

hauptet, das Gesetz mache zum Ausgangspunkt der Heilung nicht den Parteiwillen, sondern eine juristische Tatsache (die „res"); gerade der erstere ist in Gestalt des Übereignungswillens („Auflassung" § 313 BGB.) oder Abtretungswillens („Abtretungsvertrag" § 15 Abs. 4 GmbH.G.) in den gesetzlichen Tatbestand des Innominatrealvertrages als integrierender Bestandteil aufgenommen. Unzutreffend ist ferner die Behauptung Staubs (a. a. O.), dieser Leistungswille sei schon dadurch „vollkommen ausreichend in Erscheinung getreten", daß die Parteien Abreden obligatorischen Inhalts über die Verpflichtung zur Leistung getroffen hätten; eine solche Argumentation verbietet die vom BGB. scharf und konsequent durchgeführte Trennung von obligatorischem und dinglichem Vertrag, von Verpflichtungs- und Leistungsgeschäft.

Man wird den Einwand versuchen, es sei vor allem bei zweiseitigen Verträgen unbillig, das Zustandekommen eines Innominatrealvertrages auszuschließen, wenn der eine Vertragsteil im Wege der Zwangsvollstreckung bereits geleistet habe, da ihm dann die Möglichkeit fehle, entweder das Geschäft zu kondizieren, oder aber die Gegenleistung einzuklagen. Dieser Einwand ist jedoch nicht stichhaltig; hat der Beklagte etwa einen Anspruch, der gar nicht bestand, gerichtlich anerkannt, oder den Termin versäumt, ohne gegen das ergehende Versäumnisurteil Einspruch einzulegen, so trifft ihn ein prozessuales Verschulden, dessen Rechtsfolgen zu tragen für ihn nur gerecht erscheint.

Eine eingehende Erörterung hat die Frage der Freiwilligkeit der realen Leistung in der Literatur außer bei Staub nur noch bei Baer[5]) gefunden, dessen Darlegungen aber grundsätzlich fehlgehen, da er übersieht, daß formlose Abänderungen einen formgerecht geschlossenen Konsensualvertrag gemäß § 139 BGB. zu Fall bringen und daher ein kondemnierendes Urteil in diesen Fällen grundsätzlich nicht ergehen darf. Das Reichsgericht hat, während eine Entscheidung v. J. 1889[6]) für das alte Recht noch den gegenteiligen und eine solche v. 7. März 1903[7]) noch einen zweifelnden Standpunkt einnahmen, neuerdings[8]) dem Gedanken zum Sieg verholfen, Voraussetzung der Heilung sei u. a. der in der dinglichen Einigung in Erscheinung tretende freie Leistungswille des einen Kontrahenten. Ähnlich äußern sich auch der Kommentar der Reichsgerichtsräte[9]) und Ebbecke[10]), der sagt: „Notwendig ist

[5]) Diss. 1907 S. 81 ff.
[6]) In Gruch. 33, 437; vgl. JW. 1889, 121 Nr. 50.
[7]) RG. 54, 109.
[8]) RG. 82, 416.
[9]) 5. Aufl. Bem. 4 zu § 518; ferner v. Tuhr II, 1 § 63 S. 502.
[10]) Im „Recht" 1911 S. 643.

in jedem Falle, daß die Erfüllung freiwillig ... bewirkt ist. Eine von dem Gläubiger erzwungene Erfüllung, insbesondere eine von diesem vorgenommene Aufrechnung[11]) ist wirkungslos."

II. Die Realleistung als eine für das Wesen des Realvertrages schon begriffsnotwendige Voraussetzung ist die Ausführung der mit dem obligatorischen Vertrag beabsichtigten Verschiebung von Vermögenswerten selbst. Sie muß daher, wenn anders die Wirkungen der §§ 313 S. 2, 518 Abs. 2, 766 S. 2 BGB. usw. eintreten sollen, rechtsgültig sein[12]). Gefährdet aber ist diese ihre Rechtsgültigkeit vor allem da, wo sich die Realleistung in Gestalt von Rechtsakten abspielt, die nicht sowohl (wie die traditio) schon unmittelbar aus sich heraus eine Veränderung des faktisch wirtschaftlichen Zustandes darstellen, sondern die nur eine gewissermaßen symbolische, nämlich rechtliche Bedeutung haben und nur auf dem Umweg über diese ihre rechtliche Bedeutung zu einer Vermögensverschiebung führen. Dies ist zumal bei den lediglich rechtssymbolischen Akten der Auflassung und Grundbucheintragung und der gerichtlichen oder notariellen Abtretung des Geschäftsanteils einer GmbH. der Fall.

Was zunächst die Auflassung betrifft, so ist deren Gültigkeit auch in den Ländern, die von der Ermächtigung des § 98 GBO. Gebrauch gemacht haben, nicht davon abhängig, daß der kausale Veräußerungsvertrag gerade in der Form des § 313 Satz 1 BGB. dem Grundbuchamt vorgelegt wird (h.M.). Rechtlich wird also der Weg des § 313 Satz 2 BGB. durch eine dem § 98 GBO. entsprechende Norm keineswegs ausgeschlossen; ob tatsächlich, läßt sich nur an Hand der konkreten landesrechtlichen Ausführungsbestimmung feststellen[13]).

Ein rechtsgültiger Grundstücksveräußerungs-Realvertrag kommt auch dann zustande, wenn die Auflassung[14]) in einem gemäß § 313 Satz 1 BGB. formgerecht beurkundeten Konsensualvertrag, der etwa

---

[11]) Die Aufrechnung hätte Ebbecke in diesem Zusammenhange allerdings besser fortgelassen; denn die gegen eine formnichtige Forderung vorgenommene Aufrechnung ist „Wahnaufrechnung", kann also in keinem Fall einen rechtlichen Zwang darstellen; vgl. § 387 BGB. „... sobald er die ihm gebührende Leistung fordern ... kann". Die Aufrechnung kann dagegen als gültige Realleistung gelten, wenn und soweit sich der Schenker oder Bürge ausdrücklich mit ihr einverstanden erklärt; sie ist in diesem Falle als Leistung an Erfüllungsstatt anzusehen.

[12]) Ebenso bezügl. der Auflassung: Planck 4. Aufl. Bem. 6a zu § 313; bezügl. § 15 GmbH.G. Staub-Hachenburg 4. Aufl. Anm. 33 zu § 15.

[13]) Für Baden z. B. ist die Frage mit Rücksicht auf § 23 Abs. 2 des bad. AG. z. GBO. v. 19. 1. 99 zu verneinen; vgl. Winkler in DNotV. 1910. 675; ferner ebenda S. 306 u. 485.

[14]) Oder Auflassungsvollmacht, s. OLG. 43, 30 und 43, 65; RG. 103, 295 und 104, 299; and. M. die vielbekämpfte, von Fischer in JW. 1922 S. 191 ff.

wegen Unvollständigkeit oder unrichtiger Angabe des Kaufpreises nichtig ist, enthalten und anzunehmen ist, daß die Auflassung nicht zur Ausführung des unvollständig beurkundeten oder des nicht gewollten Scheinvertrages, sondern zur Erfüllung des vollständigen, bzw. eines durch den Scheinvertrag verdeckten formlos geschlossenen Veräußerungsvertrages mit richtiger Kaufpreisangabe erfolgt ist[15]). Die Nichtigkeit des formalen Kausalvertrages ergreift in diesem Falle nicht die in derselben Urkunde enthaltene Auflassung, da kein einheitliches Gesamtgeschäft i. S. des § 139 BGB. vorliegt. Daß eine falsche Bezeichnung des Grundstücks in der Auflassung unschädlich ist, ist heute allgemein anerkannt; eine solche falsa demonstratio kann durch Parteierklärungen berichtigt werden. Dies gilt nicht für die Eintragung. Zwar kann man zur Abgrenzung beider Rechtsakte nicht sagen, die Eintragung sei „ein äußerlicher Akt, durch den der Wille der Parteien verwirklicht werden solle“[16]); denn hierzu ist die Auflassung genau ebenso rechtsnotwendig wie die Eintragung. Letztere steht aber nicht in gleicher Weise wie die Auflassung unter der Herrschaft des Parteiwillens, sondern ist ein behördlicher Formalakt, auf den die sich auf den Parteiwillen beziehenden Auslassungsregeln[17]) keine Anwendung finden können. Vielmehr wohnt der Eintragung genau der Sinn inne, den ihr Wortlaut wiedergibt[18]); eine Auslegung und Feststellung des Parteiwillens ist hier ausgeschlossen; daher läßt sich die falsche Eintragung nicht deklarieren; sie ist nichtig und muß durch eine andere ersetzt werden. Einer nichtigen Eintragung kann aber die Wirkung des § 313 Satz 2 BGB. nicht zukommen[19]).

Endlich sei mit Bezug auf § 15 GmbH.G. noch erwähnt, daß auch hier ein gültiger Abtretungsvertrag (§ 15 Abs. 3) vorliegen muß, wenn die Wirkung des § 15 Abs. 4 Satz 2 eintreten soll, und daß es an einem solchen Erfordernis fehlt, wenn ein Gesellschafter, der etwa die Anteile von 10 000 M., 7000 M. und 6000 M. besitzt, einem Dritten

---

überzeugend widerlegte Entsch. RG. 94, 148. Entsprechendes gilt für die Vollmacht zum Abschluß eines in § 15 Abs. 3 GmbH.G. genannten Abtretungsvertrages.

[15]) Im Ergebnis ebenso: JW. 1910, 388 Nr. 2; JW. 22, 1196; KG. in DJZ. 1923, 181; Bay. Z. f. R. 23, 117 und 153; WarnR. 23/24 Nr. 99, 100, 163; OLG. 43, 65. Entsprechendes gilt für den Abtretungsvertrag des § 15 Abs. 3 GmbH.G.; s. RG. 68, 394 = JW. 1908 S. 500 Nr. 41; Staub-Hachenburg 4. Aufl. Anm. 18 zu § 15.

[16]) RG. 60, 339.

[17]) z. B. § 133 BGB.

[18]) Baer, Diss. 1907 S. 72.

[19]) Ebenso Oberneck 4. Aufl. I § 52 S. 486; JW. 1905, 337 Nr. 5; Turnau-Förster 2. Aufl. I, 348; v. Tuhr II, 1 § 63 S. 503 Note 49 und die h. M.

„von seiner Beteiligung 1000 M." abtritt; denn ein solcher Abtretungsvertrag ist mangels der erforderlichen Bestimmtheit des Gegenstandes ungültig[20]). Im übrigen tritt hier eine Heilung deswegen überhaupt leichter ein, weil sich formaler Konsensual- (§ 15 Abs. 4 Satz 1) und dinglicher Abtretungsvertrag (§ 15 Abs. 3) in den gleichen äußeren rechtlichen Formen abspielen und ein notarieller Verpflichtungsvertrag i. S. des § 15 Abs. 4 Satz 1, der etwa wegen Unvollständigkeit des Inhalts oder wegen unrichtiger Angabe der Gegenleistung nichtig ist, als rechtsgültiger Abtretungsvertrag i. S. des § 15 Abs. 3 umgedeutet werden kann, sofern sich nur aus ihm ein auf unmittelbare Abtretung des Geschäftsanteils gerichteter Leistungswille des Gesellschafters entnehmen läßt.

3. Kapitel.

Analogieausdehnung des Heilungsgedankens?

§ 9.

Realkontraktionsprinzip?

Unter Realkontraktionsprinzip verstehen wir die den Parteien vom Gesetzgeber alternativ eingeräumte, nicht auf einzelne Fälle beschränkte rechtliche Möglichkeit, überall da, wo das Gesetz für den Abschluß eines Konsensualvertrages bestimmte Formvorschriften aufstellt, zu einer rechtsgültigen Regelung der obligatorischen Vertragsbeziehungen auch auf dem Wege des realen Abschlusses (Innominatrealvertrages) zu gelangen. Den üblichen Terminus „Konvaleszenzprinzip" lehnen wir ab, da wir den Ausdruck „Konvaleszenz" als für Fälle der bezeichneten Art unbrauchbar erkannt haben[1]). Das Realkontraktionsprinzip unterscheidet sich also von Bestimmungen, die lediglich die Rückforderung des zwecks Erfüllung einer unter Verletzung gesetzlicher Formvorschriften eingegangenen Schuld Geleisteten ausschließen, ganz wesentlich dadurch, daß es nicht nur eine soluti retentio gewährt, sondern das gesamte obligatorische Verhältnis, auf das die Leistungsbewirkung abzielt, rechtsgültig werden läßt. Die Frage, ob man in den Bestimmungen der §§ 313 Satz 2, 518 Abs. 2, 766 Satz 2 BGB. usw. den Ausdruck eines solchen Realkontraktionsprinzipes sehen und demgemäß annehmen dürfe, daß das BGB. dieses Prinzip nicht nur in den genannten Fällen, sondern allgemein angewandt wissen will, ist lebhaft umstritten.

---

[20]) Staub-Hachenburg 4. Aufl. Anm. 36 zu § 15.
[1]) Siehe oben II. Teil § 1.

Das Reichsgericht hat die Frage in ständiger Rechtsprechung verneint, ebenso auch Plank und die früheren Auflagen von Staudinger[2]); bejahend vor allem Reichel[3]), und neuerdings auch die 9. Auflage von Staudinger[4]). Im übrigen gehen die Ansichten auch in Anwendung auf die einzelnen in Frage kommenden Fälle erheblich auseinander. So glaubt Enneccerus[5]), der im Grund ein Gegner des Realkontraktionsprinzips ist, sich seiner Anwendung auf das Leibrentenversprechen, soweit es erfüllt ist, nicht entziehen zu können; ebenso Oertmann[6]); dieser jedoch nur insoweit, als beide Vertragsteile geleistet haben. Dem hält Ebbecke entgegen, die Leistung der einzelnen Renten könne überhaupt nicht als Vertragserfüllung abgesehen werden, und will dies, obwohl er grundsätzlich die Anschauung vertritt, der Mangel der Form könne durch nachträgliche Erfüllung geheilt werden, soweit die Formvorschrift nur dem Interesse der Partei, nicht dem öffentlichen Interesse diene, als Grund dafür anführen, daß im Falle des § 761 BGB. eine Heilung nicht eintreten könne. Denselben Grund macht er im Falle des § 311 BGB. geltend, indem er sagt: „Zu den Formvorschriften, die im Interesse der Partei gegeben sind, gehört auch die Vorschrift des § 311. Der Grundsatz der Heilung des Formmangels durch nachträgliche Erfüllung muß deshalb[7]) an sich Anwendung finden. Als Erfüllung würde aber nur eine Handlung gelten können, durch welche die Gesamtheit des Vermögens als solche übertragen wird. Die Übertragung der einzelnen Gegenstände, die in ihrer Gesamtheit das zur Zeit des Vertragsschlusses vorhandene Vermögen ausmachen, stellt nur eine Erfüllung der auf die einzelnen Gegenstände gerichteten Verpflichtung dar. Der Vertrag bleibt deshalb bis zur Nachholung der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung ungültig." Eine Entscheidung in OLG. 8, 35 hält die Mitwirkung eines Rechtskundigen, des Richters oder des Notars, bei Abschluß eines Vermögensübernahmevertrages schon deshalb für geboten, weil derselbe die weitgehenden Verpflichtungen aus § 419 BGB. zur Folge habe, und lehnt deshalb wie grundsätzlich, so auch im Falle des § 311 BGB. ein „Konvaleszenzprinzip" ab. Endlich bemerkt der Kommentar der RGR.[8]), der Mangel

---

[2]) Ferner Mot. I, 183; Staub 10. Aufl. Anm. 82 zu § 350 HGB.; Dernburg 3. Aufl. I, 459; Turnau-Förster 3. Aufl. I, 101; v. Tuhr II, 1 § 63 S. 504; OLG. 8, 35; OLG. 16, 281; OLG. 17, 376; K.RGR. I, 180.

[3]) ArchZivPrax. 104 S. 30 ff.

[4]) Ferner Hachenburg, Vortr. 2. Aufl. S. 96 ff.; Düringer-Hachenburg, HGB. 2. Aufl. II, 28 Anm. 35.

[5]) 6./8. Aufl. I, 1 S. 378.

[6]) 3./4. Aufl. Bem. 4 zu § 761, vgl. Bem. 7 zu § 311.

[7]) Ähnlich Regelsberger, Jherings Jahrb. 58, 171.

[8]) 5. Aufl. III, 936.

der im § 2371 BGB. für den Erbschaftskauf vorgeschriebenen Form könne zwar nicht durch Übertragung des Erbteils gemäß § 2033 Abs. 1 BGB. geheilt werden; doch liege hierin meist (!) formgerechte Wiederholung des Kaufgeschäfts.

Es muß zugegeben werden, daß die Annahme eines Realkontraktionsprinzips außerordentlich viel für sich hat. Reichel (S. 32) meint sogar, es ergebe sich „aus der praktischen Anschauung" dergestalt von selbst, daß es geradezu „als unmittelbar einleuchtend und keines weiteren Beweises bedürftig" erscheine. Indessen, so einfach liegen die Dinge angesichts des positiven Rechts denn doch nicht. Denn Reichel muß selbst zugeben, daß eine „wortlautliche Bestimmung dieses Inhalts" im Gesetz fehle, und daß obige These sogar einer sehr kräftigen Stütze bedürfe, beweist er selbst durch vier Seiten lange Erörterungen. Wie immer bei ähnlichen Streitfragen stehen auch hier zwei Wege zu ihrer Lösung offen: Das argumentum e contrario und das argumentum ex analogia. Die Vertreter des Realkontraktionsprinzips bedienen sich des letzteren. In analoger Anwendung des in den §§ 313 Satz 2, 518 Abs. 2, 766 Satz 2 BGB. enthaltenen Grundgedankens wollen sie auch in den Fällen der §§ 311, 761 und 2371 BGB., ja ganz allgemein, eine Heilung des Formmangels eintreten lassen, sobald das formnichtige Geschäft — sei es auch nur teilweise — erfüllt sei. Dieser Satz entspreche sowohl der Billigkeit als dem praktischen Bedürfnis. Staudinger[9]) will das Realkontraktionsprinzip dahin einschränken, daß der Vertrag nur insoweit gültig werde, als die Erfüllung trotz Kenntnis des Formmangels angenommen sei; denn, sagt er, „wer die ihm trotz des Formmangels angebotene Erfüllung in Kenntnis des Formmangels annimmt, hat damit kundgegeben, daß er selbst den Vertrag als wirksam ansehe, und hat beim Gegenkontrahenten die gerechtfertigte Erwartung erregt, daß er trotz des Formfehlers auch die Gegenleistung bewirken werde; diese, von ihm selbst erregte Erwartung darf er nicht enttäuschen. Es ist ein Gebot von Treu und Glauben, daß man sich nicht mit der Erfüllung als eigener Willensbetätigung zum Schaden des darauf Vertrauenden in Widerspruch setze." Dem läßt sich erwidern: Daß der Gedanke der Heilung des Formmangels durch Erfüllung, besonders in der Form, wie ihn Staudinger vorschlägt, eine über die Sonderfälle der §§ 313 Satz 2 usw. hinausreichende allgemeine Geltung verdient, kann nicht geleugnet werden. Allein dies kann nicht bestimmend dafür sein, das Realkontraktionsprinzip auch für positives Recht zu erklären; denn nicht die Zweckmäßigkeit oder Billigkeit eines Rechtsgedankens entscheidet darüber, was Recht ist, sondern einzig und allein der Wille

[9]) 9. Aufl. I, 524.

des Gesetzes, wie er durch Auslegung festzustellen ist. Der Versuch, der Idee des Realkontraktionsprinzipes allgemeine Geltung einzuräumen, entspringt dem subjektiven, fast möchten wir sagen, primitiven Bedürfnis, Recht und Gerechtigkeit in Einklang zu bringen. Für den Juristen aber kann nur das Gesetz, nicht daneben noch ein oft recht verschwommenes persönliches „Gerechtigkeitsgefühl" leitend sein. Nur soweit die Rechtsordnung selbst auf metajuristische Normen verweist, soweit es die letzteren also in den Kreis der eigenen Normen einbezieht, darf auch der Richter sie anwenden. Hierfür ist aber im vorliegenden Falle keine Gelegenheit.

Die Vorschriften der §§ 313 Satz 2 BGB. usw. stellen sich ganz offenkundig als kasuistisch über den ganzen Rechtsstoff verstreute Ausnahmebestimmungen dar. Eine Normierung des Realkontraktionsprinzipes hätte angesichts des preußischen ALR. und des § 1432 österr. a. BGB. gewiß nahegelegen; aus ihrem Fehlen muß u. E. geschlossen werden, daß der Gesetzgeber eine Verallgemeinerung des in § 313 Satz 2 BGB. usw. zum Ausdruck kommenden Heilungsgedankens n i c h t gewollt hat. Wir haben aber das Gesetz nicht zu korrigieren, sondern anzuwenden und seine Auswirkungen auch da hinzunehmen, wo sich Härten ergeben[10]). Im übrigen kann gegen den, der sich auf die Formnichtigkeit des Geschäfts beruft, trotzdem er vorher in Kenntnis des Formmangels die Gegenleistung angenommen hat, nach den Grundsätzen der unerlaubten Handlung vorgegangen werden, sofern ihm ein zum Schadensersatz verpflichtendes Verschulden nachgewiesen werden kann. Auf Vertragserfüllung jedoch kann er keinesfalls verklagt werden.

Gegen die Annahme eines Realkontraktionsprinzips ließe sich ferner geltend machen, die Bestimmungen der §§ 313 Satz 2, 518 Abs. 2, 766 Satz 2 BGB. wären überflüssig, sofern das BGB. einen allgemeinen Grundsatz kennen würde, daß die Erfüllung den Mangel der Form heilt. Allein hiergegen hat R e i c h e l eine Replik in Bereitschaft. „Die §§ 518 Abs. 2, 766 Satz 2 (vornehmlich die letztere Bestimmung)", behauptet er, „geben deutlich zu erkennen, daß sie die condictio indebiti auch dann ausschließen, wenn die versprochene Leistung nur teilweise bewirkt worden ist. § 313 Satz 2 geht sogar noch ein beträchtliches Stück weiter. Er legt geradezu einem Teil der Vertragserfüllung heilende Kraft bei. Der Gesetzgeber läßt sohin die Frage, wie es zu halten sei, wenn der Vertrag seinem vollen Inhalte nach erfüllt ist, vollkommen auf sich beruhen. Es ist nicht nur nicht ausgeschlossen, sondern bei vernünftiger Betrachtung sogar als h ö c h s t w a h r s c h e i n l i c h (!) anzusehen, daß er für den letztbezeichneten Fall die Heilung des Form-

[10]) Nach S t a u d i n g e r 2. Aufl. Bem. II, 2 zu § 125.

mangels als selbstverständlich ansieht. Wir brauchen, um dies zu verdeutlichen, in die Bestimmung des Abs. 2 nur die Worte ‚schon dann' hineinzulesen (!)."

Reichel bedient sich also des arg. a maiore ad minus, um zu beweisen, daß, wenn „schon eine bestimmte Teilerfüllung" fähig ist, einen nach § 125 BGB. nichtigen Vertrag zu Kraft kommen zu lassen, um so mehr der Totalerfüllung diese heilende Kraft innewohnen müsse, und fügt hinzu, die angeführten Paragraphen bildeten „eine Ausnahme nicht etwa unmittelbar gegenüber dem § 125", sondern gegenüber der von ihm aufgestellten These der formheilenden Kraft der Totalerfüllung. Daher könne er Hachenburg nur mit Vorbehalt beistimmen, wenn dieser in den §§ 518, 766 usw. BGB. den unmittelbaren Ausdruck eines allgemeinen Grundsatzes, eines Konvaleszenzprinzips, erblicken wolle; die erwähnten Vorschriften seien vielmehr „singuläre Erweiterungen" dieses Prinzips. Diese an den Haaren herbeigezogene Argumentation, die mit unbewiesenen Vermutungen und Wahrscheinlichkeiten arbeitet, richtet sich selbst; auch wenn man — wofür jedoch nicht der geringste Anhaltspunkt im Gesetz besteht — annehmen wollte, die §§ 518, 766 BGB. wollten eine Heilung schon bei einer bestimmten Teilerfüllung eintreten lassen, so würde damit u. E. allzugroßes Gewicht auf eine aus der kasuistischen Natur der in Frage stehenden Fälle ganz zufällig sich ergebende Nebenerscheinung gelegt, die nicht fähig ist, Schlüsse von so weitgehender Bedeutung zu tragen, wie sie Reichel zieht.

Nach dem Gesagten müssen wir die Annahme eines Realkontraktionsprinzips, so zweckmäßig und wünschenswert dasselbe vom rechtspolitischen Standpunkt aus auch erscheinen mag [11]), mit Rücksicht auf das geltende deutsche Recht ablehnen.

II. Abschnitt.

Die Heilungserscheinung des Art. 1340 C. civ.

§ 10.

Rechtliche Natur.

Wie wir oben [1]) dargelegt haben, ist die confirmation eines Rechtsgeschäftes, das mangels Einhaltung der gesetzlichen (Solemnitäts-)Form nichtig ist, sowohl begrifflich wie rechtlich unmöglich. Von diesem Grundsatz scheint Art. 1340 C. civ. eine Ausnahme zu machen. Denn während noch Art. 1339 C. civ. sowohl den Grundsatz als die (allge-

[11]) Vgl. neuerdings wieder § 738 Abs. 3 Satz 2 des Ungarischen Entwurfs: „Die Erfüllung ersetzt den Mangel der bedungenen Form."

[1]) I. Teil II. Abschn. § 2 II.

mein vertretene) Ansicht, eine der Form des Art. 931, 932 C. civ. ermangelnde Schenkung sei absolut nichtig (= inexistant), mit den Worten bestätigt: „Le donateur ne peut reparer par aucun acte confirmatif les vices d'une donation entre vifs; nulle en la forme, il faut qu'elle soit refaite en la forme légale", bestimmt Art. 1340 C. civ.: „La confirmation ou ratification ou éxecution volontaire d'une donation par les héritiers ou ayants cause du donateur, après son décès, emporte leur renonciation à opposer soit les vices de forme, soit tout autre exception."

Dieser scheinbare Widerspruch hat ähnlich wie bei den Heilungserscheinungen des deutschen BGB. den Scharfsinn der Autoren angefacht und zu zwei verschiedenen konstruktiven Lösungen Veranlassung gegeben. Ein Teil der Schriftsteller [2]) behauptet schlechthin, die der Form des Art. 931 f. C. civ. ermangelnde Schenkung sei gar nicht nichtig, sondern erzeuge eine Naturalobligation [3]), allerdings nur in bezug auf die Erben usw. des Schenkers; mit Bezug auf den Schenker selbst sei sie, wie aus Art. 1339 C. civ. hervorgehe, im gewöhnlichen Sinne nichtig; diese Lehre hat in der Literatur lebhaften Widerspruch erfahren [4]). Man wendet vor allem ein, die These, die formwidrige Schenkung sei gegenüber dem Schenker nichtig, sei mit der, den Erben gegenüber bestehe die Schenkung, wenn auch nur in Gestalt einer natürlichen („moralischen") Verpflichtung, unvereinbar; denn der absolute Charakter der Nichtigkeit bzw. des rechtlichen Bestehens und Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses verbiete die Annahme, dasselbe existiere nur einzelnen Personen gegenüber, anderen gegenüber dagegen wieder nicht [5]). Diesem Einwand ließe sich leicht durch eine Modifikation der vorgetragenen Theorie begegnen, dahin, daß man sagt, die formwidrige Schenkung in Gestalt einer naturalis obligatio bestehe zwar ganz allgemein, also sowohl gegenüber dem Schenker wie gegenüber dessen Erben, äußere jedoch ersterem gegenüber keinerlei Rechtswirkungen. Mit dem Wesen der natürlichen Verpflichtung stünde eine solche Lösung, mag sie auch nicht befriedigend sein, nicht in Widerspruch; denn wie bereits betont wurde [6]), läßt sich Inhalt und Umfang an Rechtswirkungen der Naturalobligation nicht generell bestimmen, und es wäre wohl eine natürliche Verbindlichkeit denkbar, die das Minimum rechtlicher Wirkungsfähigkeit, soluti retentio, in der Weise ver-

---

[2]) Marcadé II, 99 Nr. 131 und neuerdings wieder Bonnecase, Tr. Suppl. III, 160 Nr. 85.

[3]) Vgl. oben II. Teil I. Abschn. § 4 II.

[4]) Vgl. vor allem Baudry-Lacantinerie, Tr. 3. Aufl. Oblig. III, 351 Nr. 1999 und Planiol, Tr. 9. Aufl. III, 619 Nr. 2532.

[5]) Vgl. oben II. Teil I. Abschn. § IV a. A.

[6]) Siehe oben I. Teil II. Abschn. § 4.

körperte, daß sie nur von seiten der Erben des Schenkers, nicht aber von diesem selbst rechtlich erfüllbar wäre.

Die Annahme einer Naturalobligation im Falle des Art. 1340 C. civ. stößt jedoch auf ganz andere und, wie uns dünkt, unüberwindliche Schwierigkeiten. Vor dem Tode des Schenkers nämlich würde nach der ausdrücklichen Bestimmung des Art. 1340 C. civ. diese (wenn man schon so wollte) Naturalobligation auch gegenüber den Erben des Schenkers keinerlei Rechtswirkungen erzeugen; jede „confirmation qui interviendrait avant le décès du donateur serait nulle“ [7]), nicht nur, weil von „Erben“ des Schenkers in diesem Zeitpunkt überhaupt noch nicht die Rede sein könnte, sondern vor allem, weil eine derartige confirmation als „pacte sur succession future“ anzusehen wäre. Zu Lebzeiten des Schenkers wäre daher diese „Naturalobligation“ absolut wirkungslos, d. h. rechtlich nicht existent; sie würde erst mit dem Ableben des ersteren ins Leben treten, ein Vorgang, der nicht besondere Wahrscheinlichkeit für sich beanspruchen darf.

Ausschlaggebend für die Ablehnung der bekämpften Theorie aber erscheint uns folgendes Argument: Die etwa seit dem Tode des Schenkers bestehende Naturalobligation müßte sich bei confirmation durch die Erben des Schenkers in eine bürgerlichrechtliche Vollobligation verwandeln; dies aber wäre undenkbar [8]). Confirmation ist, wie schon gesagt wurde, der (ausdrückliche oder stillschweigende) Verzicht anfechtungsberechtigter Personen auf das ihnen vom Gesetzgeber verliehene Recht, die vorläufige rechtliche Existenz eines Rechtsgeschäfts mit der action en nullité i. t. S. zu vernichten. Confirmation ist also nur bei demjenigen Zustande rechtlicher Mangelhaftigkeit denkbar, der gewöhnlich als annulabilité eines Rechtsgeschäftes charakterisiert wird, oder, um mit den Worten des Art. 1338 C. civ. zu sprechen, bei denjenigen Rechtsgeschäften, gegen die das Gesetz den Parteien eine action en nullité an die Hand gibt. Unter diese Kategorie mangelhafter Rechtsgeschäfte kann aber die Naturalobligation nicht subsumiert werden; sie besteht, die Zahl ihrer gegenüber der Vollobligation verminminderten potentiellen Rechtswirkungen ist vom Gesetz genau fixiert und es liegt nicht in der Macht des Einzelnen, durch irgendeinen Willensakt die Summe dieser Wirkungen weiterhin bis auf Null zu reduzieren.

---

[7]) Dalloz, R. P. VIII, 407 (nullité) Nr. 154; ebenso Caen, 17. Nov. 1855, D. P. 1856, 2, 131; Sirey, C. civ. ann. 5. Aufl. III Bem. 1 zu Art. 1340; Aubry und Rau 5. Aufl. IV, 436 Note 14 und die dort Zitierten.

[8]) Als Begründung führt man wiederholt den Satz an: „confirmatio nil dat novi“.

Aus den vorgetragenen Gründen, die auch Bonnecase[9]) nicht zu widerlegen vermag, müssen wir die Annahme einer Naturalobligation für den Fall des Art. 1340 C. civ. als unhaltbar ablehnen. Wir bekennen uns vielmehr zu der mit besonderer Klarheit von Planiol[10]) präzisierten Theorie, die folgende Lösung aufstellt:

Die formwidrige Schenkung ist absolut, d. h. jedermann gegenüber nichtig, sie äußert zu Lebzeiten des Schenkers keinerlei Rechtswirkungen (Art. 931 C. civ.). Nun ergibt sich aber aus Art. 1340 C. civ., daß diese Schenkung „nulle en la forme, inexistante si l'on veut, peut être ratifiée par les héritiers du donateur, comme si elle était simplement annulable"[11]). Was liegt näher, als zu sagen: „La nullité change de nature à la mort du donateur"[11]), sie verwandelt sich in diesem Augenblick in eine annulabilité i. t. S. Planiol spricht denn auch geradezu von einem „changement produit par la mort du donateur", eine, wie er allerdings selbst hinzufügen muß, „décision exceptionelle de la loi"[12]). Eine gewisse äußere Ähnlichkeit der Bestimmung des Art. 1340 C. civ. mit denen der §§ 313 Satz 2, 518 Abs. 2, 766 Satz 2 BGB. ist unverkennbar; lassen sich die letzteren in die Formel

$$K + r = V$$

bringen, wobei K den formlosen Konsens, r die reale Leistung und V den rechtsgültigen Vertrag bezeichnen soll, so lautet die des Art. 1340 C. civ.:

$$K + t = A,$$

sofern man unter t den Tod des Schenkers und unter A den annulablen Schenkungsvertrag versteht. Beide Male also steht mangels Einhaltung der gesetzlichen Form das rechtliche Zustandekommen des Vertrages unter der Bedingung des Eintritts eines neuen Geschehnisses, hier des Todes des Schenkers, dort der realen Erfüllung; tritt dieses weitere Erfordernis (nachträglich) zu dem formlosen Konsens hinzu, so erleben wir in beiden Fällen das, was wir oben[13]) die Geburt eines Rechtsgeschäftes genannt haben, d. h. den Übertritt eines Faktums der Tatsachenwelt in die Ebene des Rechts. Während aber in den Fällen des deutschen Rechts sich dieser Übergang vom rechtlich irrelevanten, rein

---

[9]) a. a. O.

[10]) Tr. 9. Aufl. III, 619 Nr. 2532.

[11]) Planiol a. a. O.

[12]) Baudry-Lacantinerie, Tr. 3. Aufl. Oblig. III, 393 Nr. 2038, der im Grunde zu demselben Ergebnis kommt, erwähnt von einer solchen Umwandlung nichts, sondern sagt nur: „Si au regard du donateur, cette donation est inexistante, elle est, au regard de ses héritiers, simplement annulable."

[13]) II. Teil I. Abschn. § 3 lit. c.

faktischen Ereignis zum vollgültigen, rechtlich unantastbaren Vertrag mit einem Schlage vollzieht, wickelt er sich im Falle des Art. 1340 C. civ. in einer Stufenfolge ab: Die erste Stufe ist mit dem Tode des Schenkers erreicht und kann als annulabilité des vom Schenker getätigten Schenkungsvertrages bezeichnet werden. Seinen Abschluß findet dieser Heilungsprozeß jedoch erst mit der confirmation (c) (expresse on tacite) durch die Erben des Schenkers, so daß wir der obigen Formel noch die weitere:

$$A + c = V$$

hinzuzufügen haben.

Die gewählte Lösung entspricht am besten den Erwägungen rechtspolitischer Art, die zur Schaffung des Art. 1340 C. civ. geführt haben mögen und die Baudry-Lacantinerie[14]) in klarer Weise folgendermaßen formuliert hat:

„L'exigence des formes solennelles a pour but d'empêcher qu'une volonté étrangère ne détermine le donateur à depouiller ses parents. Si, après sa mort, ses héritiers estiment que la donation a été faite librement et doit être maintenue, leur volonté doit prévaloir; le législateur ne saurait se montrer plus rigoureux que les personnes auxquelles profiterait l'inefficacité de la donation."

§ 11.

Rechtliche Folgerungen.

1. Aus der Annahme, die formwidrige Schenkung verwandle sich mit dem Tode des Schenkers in einen acte annulable, folgt zunächst, daß den in Art. 1340 C. civ. genannten Personen von diesem Zeitpunkt an eine action en nullité i. t. S. zur Verfügung steht, um die Möglichkeit abzuwenden, Rechtsansprüche aus dem nunmehrigen rechtlichen Bestand der Schenkung abzuleiten. Zwar kann auch vor dem genannten Zeitpunkte die bis dahin bestehende Formnichtigkeit der Schenkung sowohl von den Beteiligten, d. h. dem Schenker und den in Art. 1340 C. civ. genannten Personen, wie von jedem Dritten klage- und einredeweise geltend gemacht werden; zur action en nullité i. t. S. wird eine auf richterlichen Ausspruch des Nichtbestehens der Schenkung gerichtete Klage[1]) jedoch erst im Augenblick des Todes des Schenkers. Dies ist von Bedeutung mit Rücksicht auf Art. 1304 C. civ. (s. unten Ziff. 3).

Anfechtungsberechtigt i. S. einer Berechtigung zur Erhebung der action en nullité sind, wie sich aus Art. 1340 C. civ. ergibt, „les héri-

---

[14]) a. a. O. III, 351 Nr. 1999; inhaltlich ebenso Laurent 3. Aufl. XVIII, 611 ff. Nr. 593 ff.

[1]) Vor dem Tode des Schenkers hat eine solche Klage lediglich den Charakter einer „Feststellungsklage", nachher den einer „Vernichtungsklage".

tiers et ayants cause du donateur", d. h. alle Personen, denen beim Tode des Schenkers ein Recht erwächst, seien es nun die Erben als Universalsukzessoren desselben oder aber Legatare und andere partikulare Rechtsnachfolger des Schenkers [2]).

2. Die eben genannten Personen können nach der ausdrücklichen Bestimmung des Art. 1340 C. civ. der formwidrigen Schenkung durch confirmation volle, unantastbare Rechtswirksamkeit verleihen. Da sich diese confirmation als das aus dem gegebenen Formmangel entspringende Recht darstellt, im Wege der Klage die Nichtigkeitserklärung der Schenkung herbeizuführen, so folgt, daß einer confirmation durch die bezeichneten Personen nur dann die „heilende" Wirkung des Art. 1340 C. civ. zukommen kann, wenn diese Personen im Augenblick der confirmation den Formmangel kannten und die Absicht hatten, ihn zu heilen, m. a. W. wenn die Voraussetzungen des Art. 1338 C. civ. gegeben sind. In Wissenschaft und Praxis herrscht in diesem Punkte Übereinstimmung [3]). Hierdurch unterscheidet sich die Heilungserscheinung des Art. 1340 C. civ. wesentlich von denen der §§ 313 Satz 2, 518 Abs. 2, 766 Satz 2 BGB., die gerade für den Fall des Irrtums über die Tatsache des Nichtbestehens einer Leistungsverpflichtung und die Legalwirkung der res die condictio indebiti ausschließen wollen [4]). Die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 1338 C. civ. trifft denjenigen, der sich auf die Heilung durch confirmation der Erben beruft [5]).

3. Die confirmation kann, wie immer, so auch im Falle des Art. 1340 C. civ. sowohl eine ausdrückliche wie auch eine stillschweigende sein. Im letzteren Falle, also zumal bei freiwilliger Ausführung der Schenkung, müssen jedoch mit Rücksicht auf Art. 1338 C. civ. Anhaltspunkte gegeben sein, die keinen Zweifel darüber aufkommen lassen, daß die leistende Partei den Formmangel kannte und die Absicht hatte, ihn zu heilen [6]). Die (notarielle) Ermächtigung zur Ausführung der Schenkung allein enthält noch keinen Verzicht des Erben auf das Recht, die Schenkung für nichtig erklären zu lassen, hat also nicht die Wirkung des Art. 1340 C. civ.; sie kann vielmehr, solange der Bevollmächtigte von

---

[2]) Laurent 3. Aufl. XVIII, 613 f. Nr. 597; Dalloz VIII, 407 (nullité) Nr. 155 f.; Aubry und Rau 5. Aufl. IV, 436 Note 13 ter.

[3]) Vgl. Sirey, C. civ. ann. 5. Aufl. 3 Bem. 2 zu Art. 1340; Dalloz, R. P. VIII, 407 (nullité) Nr. 154; Baudry-Lacantinerie 3. Aufl. Oblig. III, 352 Nr. 200; Laurent 3. Aufl. XIII, 523 Nr. 467; Aubry und Rau 5. Aufl. IV, 436 Note 14 bis.

[4]) Siehe oben II. Teil I. Abschn. § 3 lit. g.

[5]) Dalloz, R. P. VIII, 407 (nullité) Nr. 158; Sirey a. a. O. Bem. 4 zu Art. 1340.

[6]) Dalloz a. a. O. Nr. 159.

ihr noch nicht Gebrauch gemacht hat, immer noch widerrufen und die Heilung verhindert werden[7]). Als einen Sonderfall der confirmation tacite betrachtet man gewöhnlich die prescription décennale des Art. 1304 C. civ., wobei allerdings eine stillschweigende confirmation präsumiert wird. Die Anwendbarkeit des Art. 1304 C. civ. auf den Fall des Art. 1340 C. civ. ist bestritten; doch werden die (nicht stichhaltigen) Gründe, die vor allem Aubry und Rau[8]) hiegegen anführen, von Baudry-Lacantinerie[9]) überzeugend widerlegt. Nimmt man, aus der gesetzlichen Möglichkeit, die formwidrige Schenkung vom Tode des Schenkers an durch confirmation zu heilen, weiterschließend die Möglichkeit einer annulation der formwidrigen Schenkung durch action en nullité i. t. S. an, so steht nichts im Wege, zu entscheiden, diese Klage verjähre auch in der durch Art. 1304 C. civ. festgelegten Frist von 10 Jahren.

4. Die heilende Wirkung der confirmation tritt nicht gegenüber dritten Personen ein, sondern beschränkt sich auf den Confirmierenden[10]); nur der Verzichtende selbst verliert damit nach der Formulierung des Art. 1340 C. civ. das Recht, sich späterhin noch auf den Formmangel in irgendeiner Weise berufen zu können. Nichtsdestoweniger steht es ihm natürlich frei, aus anderen rechtlichen Gesichtspunkten Einwendungen gegen die confirmierte Schenkung abzuleiten. Mit Recht hat man z. B. entschieden, der confirmierende Erbe könne trotz Confirmation bei Nichtausreichen der verfügbaren Masse eine Reduktion der Schenkung gemäß Art. 290 ff C. civ. verlangen; die action en reduction sei etwas von der action en nullité Wesensverschiedenes und der Verzicht auf die letztere schließe nicht ipso jure den Verzicht auf die erstere ein[11]). Die Worte „soit tout autre exception" des Art. 1340 C. civ. stehen dieser sinngemäßen Auslegung nicht entgegen.

§ 12.

Analogieausdehnung des Art. 1340 C. civ.

Die in diesem Punkte feststehende Praxis der französischen Gerichte und die h. M. innerhalb der Wissenschaft wenden Art. 1340 C. civ. mit einer Selbstverständlichkeit auf Testamente[1]), ja zum Teil auch auf

---

[7]) Sirey a. a. O. Bem. 15.
[8]) 5. Aufl. IV, 455 Note 19.
[9]) Tr. 3. Aufl. Oblig. III, 393 Nr. 2038; vgl. die dort Zitierten!
[10]) arg. Art. 1338 III C. civ.
[11]) Dalloz, R. P. VIII „nullité" Nr. 161; Laurent 3. Aufl. XVIII. 613 Nr. 595.
[1]) Siehe die bei Baudry-Lacantinerie, Tr. 3. Aufl. Obl. III, 353 Note 1 Zitierten! And. M. lediglich Baudry-Lacantinerie a. a. O. III,

Eheverträge (conventions matrimoniales)[2] an, als wäre in Art. 1340 C. civ. nicht nur von Schenkungen (unter Lebenden), sondern auch von Testamenten oder ganz allgemein von formalen Rechtsgeschäften die Rede. Demgegenüber genügt es zu sagen, daß wir Art. 1340 C. civ. für eine ausgesprochene Ausnahmevorschrift[3] halten, um zu begründen, daß wir ebenso bestimmt eine Verallgemeinerung und Analogieausdehnung desselben auf Testamente und Eheverträge für unzulässig erachten; im übrigen verweisen wir, um uns nicht zu wiederholen, auf das über eine Analogieanwendung der §§ 313 Satz 2, 518 Abs. 2, 766 Satz 2 BGB. Gesagte[4], das in entsprechendem Sinne hierher zu beziehen ist. Dem deutschen Juristen zumal widerstrebt es[5], in letztwilligen Verfügungen etwas der Schenkung Wesensverwandtes zu erblicken. Aber selbst hiervon abgesehen, würde doch Art. 1340 C. civ. mit Rücksicht auf seinen engen gedanklichen Anschluß an Art. 1339 C. civ., wo lediglich von Schenkungen unter Lebenden die Rede ist, ebenfalls nur auf donations entre vifs, nicht auch auf donations testamentaires zu beziehen sein.

III. Abschnitt.

Heilungserscheinungen bei formell mangelhaften Verpflichtungsgeschäften im österreichischen Privatrecht.

§ 13.

Die naturalis obligatio des § 1432 a. BGB.

Nach dem Vorbild des Preußischen ALR.[1] bestimmt § 1432 a. BGB.: „Doch können Zahlungen ... einer solchen Schuld, welche nur aus Mangel der Förmlichkeiten ungültig ist, oder zu deren Eintreibung das Gesetz bloß das Klagerecht versagt, ebensowenig zurückgefordert werden, als wenn jemand eine Zahlung leistet, von der er weiß, daß er sie nicht schuldig ist."

Zunächst ist festzustellen, daß unter „Zahlung" gemäß § 1412

---

352 ff. Nr. 2002: Laurent 3. Aufl. XIII, 517 ff. Nr. 461 ff. und eine daselbst (S. 520 Note 3) zitierte Entscheidung der Cour de Bruxelles vom 3. April 1837.

[2] Vgl. Civ. rej. v. 26. 4. 1869 D. P. 69, 1, 246; and. M. wiederum Baudry-Lacantinerie a. a. O. und Laurent 3. Aufl. XVIII Nr. 596 und XXI Nr. 46.

[3] Ebenso in ihrer Begründung Baudry-Lacantinerie u. Laurent.

[4] Siehe oben II. Teil I. Abschn. § 4.

[5] Im Hinblick auf Rechtsinstitute des BGB. wie etwa das Pflichtteilsrecht.

[1] I, 16 §§ 184, 176.

a. BGB. „die Leistung dessen, was man zu leisten schuldig ist" zu verstehen ist. Daß die Zahlung einer Schuld möglich ist, zu deren Eintreibung das Gesetz das Klagerecht versagt, erscheint nicht weiter verwunderlich, da eine solche Schuld, mag sie auch nicht klagbar sein, als naturalis obligatio im gewöhnlichen Sinne doch besteht und daher erfüllbar ist. Ein rechtlicher Widerspruch scheint jedoch darin zu liegen, daß die gleiche Rechtsordnung, die ein obligatorisches Rechtsgeschäft wegen Mangels der gesetzlichen Form für ungültig erklärt[2]), bestimmt, daß ein solches Schuldverhältnis dennoch erfüllt werden könne, ein Kondiktionsanspruch hierdurch nicht entstehe. Das deutsche Recht ist, wie gezeigt, in den Bestimmungen der §§ 313 Satz 2, 518 Abs. 2, 766 Satz 2 BGB. usw. einer solch widerspruchsvollen Regelung aus dem Weg gegangen; es erkennt nicht gleichzeitig das, was es als ungültig verneint, als erfüllbar an, sondern verleiht in demselben Augenblick, wo die tatsächliche Erfüllung erfolgt, dem ganzen Schuldverhältnis, dessen Ausfluß die Erfüllung sein soll, volle Rechtswirksamkeit. Für eine Übertragung des Realkontraktionsgedankens auf das österreichische Recht bieten die Bestimmungen des letzteren keine Handhabe. § 1432 a. BGB. gewährt lediglich eine soluti retentio zugunsten des Leistungsempfängers und es besteht keine Möglichkeit, darüber hinaus ein Gültigwerden des formwidrigen Geschäfts hinsichtlich seiner sämtlichen normalen Geschäftswirkungen anzunehmen. So unbefriedigend und (de lege ferenda) verbesserungsbedürftig das Ergebnis erscheint, so müssen wir doch Ehrenzweig[3]) zustimmen, wenn er erklärt, bei einem zweiseitigen Vertrage, z. B. einem mündlichen Kaufvertrage zwischen Ehegatten entstehe dadurch, daß der eine Teil erfüllt, noch kein klagbarer Anspruch auf die Gegenleistung. Eine gegenteilige Regelung hätte angesichts einer Bestimmung, wie der des § 156 preuß. ALR. I 5, wonach bei ganzer oder teilweiser Erfüllung seitens des einen Vertragsteils dem anderen eine alternative Verpflichtung erwächst, entweder den Vertrag auch von seiner Seite zu erfüllen oder das Erhaltene zurückzugeben oder zu vergüten, auch bei Abfassung des a. BGB. nahegelegen; aus ihrem Fehlen muß geschlossen werden, daß sie nicht gewollt ist, daß der Leistende wegen Ausbleibens der Gegenleistung vielmehr nur die eigene Leistung zurückfordern, nicht aber die Gegenleistung einklagen kann. Dieser Rückforderung kann § 1432 a. BGB. nicht im Wege stehen.

Die Lösung des aufgedeckten scheinbaren, nämlich nur in der terminologischen Fassung des Gesetzes beruhenden Widerspruches wurde

---

[2]) Siehe oben I. Teil II. Abschn. § 4, insbes. Note 3.
[3]) 6. Aufl. II, 1 § 314 S. 140.

mit Einstimmigkeit[4]) längst darin gefunden, daß man entgegen dem sonst mit der Bezeichnung „ungültig" verbundenen Begriffsinhalt[5]) auch in den Fällen, in denen das österreichische Recht ein obligatorisches Rechtsverhältnis mangels Einhaltung der gesetzlichen Form für „ungültig" erklärt, eine natürliche Verpflichtung als gegeben annahm. Freilich keine solche im gewöhnlichen Sinne mit Möglichkeit der Aufrechnung, Pfandbestellung, Verbürgung usw., sondern eine auf das Minimum rechtlicher Wirksamkeit abgeschwächte natürliche Verbindlichkeit[6]). Wie bereits angedeutet wurde[7]), ist die bis zur zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts allgemein vertretene Ansicht, alle natürlichen Verbindlichkeiten ließen sich auf ein gemeinsames leitendes Prinzip zurückführen, seitdem ebenso allgemein aufgegeben worden und der Erkenntnis gewichen, daß für jede einzelne natürliche Verpflichtung ihr spezifischer Rechtsinhalt besonders festgestellt werden müsse[8]). „Die positiven Wirkungen, welche eine Naturalobligation an sich und überhaupt hervorbringen kann, treten weder notwendig noch auch regelmäßig in jedem einzelnen Falle ein; der Schluß von dem Vorhandensein einer bestimmten Wirkung auf den Eintritt aller übrigen Wirkungen ist durchaus unzulässig."[9]) Nun muß aus der Tatsache, daß das a. BGB. (von § 943 a. BGB. abgesehen) formwidrige Rechtsgeschäfte regelmäßig als „ungültig" bezeichnet, entnommen werden, daß es dieselben grundsätzlich jeder Rechtswirksamkeit beraubt und die Erfüllbarkeit (soluti retentio) im Sinne eines Ausschlusses der condictio indebiti bei irrtümlicher, d. h. durch den Gedanken rechtlichen Gebundenseins hervorgerufener Erfüllung gemäß § 1432 a. BGB. als die einzige Wirkung des damit zur rechtlich anerkannten causa erhobenen formwidrigen Geschäfts angesehen wissen will. Die naturalis obligatio des § 1432 a. BGB. stellt somit das Minimum dessen dar, was an rechtlicher Wirkungsfähigkeit erforderlich ist, um überhaupt eine „natürliche" („moralische", „gesellschaftliche" usw.) Verpflichtung in die Sphäre des Rechts zu erheben. Sie ist also zumal keine geeignete Grundlage für akzessorische Rechtsgeschäfte[10]).

Aus dem Gesagten erhellt, daß formwidrige Verpflichtungsgeschäfte

---

[4]) Ehrenzweig a. a. O.; Hasenöhrl 2. Aufl. I, 679 § 53 II, 1a; Stubenrauch 8. Aufl. II Bem. 3 zu § 1432.

[5]) Ungültig = rechtlich wirkungslos.

[6]) And. M. Hasenöhrl 2. Aufl. I, 32 § 2, der der formwidrig eingegangenen Schuld mit Ausnahme der Aufrechnung alle Wirkungen beilegt, die eine naturalis obligatio haben kann.

[7]) Siehe oben I. Teil II. Abschn. § 4.

[8]) Vgl. v. d. Trenck, Diss. 1905 § 1 S. 10 ff.

[9]) Stubenrauch 8. Aufl. II Bem. 1 zu § 1432.

[10]) Ebenso Stubenrauch a. a. O. Bem. 3 zu § 1432.

im österreichischen Recht „nicht im gewöhnlichen Sinne als ungültig“ [11]) zu betrachten sind, daß die Funktion gesetzlich vorgeschriebener Formen hier vielmehr, ebenso wie im preußischen ALR., dem Typus C entspricht, ihr Mangel also nicht die rechtliche Nichtexistenz des Geschäftes, sondern nur zur Folge hat, daß im Falle des § 943 a. BGB. eine normal wirkungsfähige, sonst eine abgeschwächte, auf eine einzige Rechtswirkung beschränkte Naturalobligation entsteht [12]).

IV. Abschnitt.

Heilungserscheinungen bei formell mangelhaft errichteten Gesellschaften des Handelsrechts.

§ 14.

Die Konvaleszenzerscheinung des § 87 österr. GmbH.G.

Der Tendenz des österreichischen GmbH.-Gesetzes, bestehende Gesellschaften mbH. nach Möglichkeit zu erhalten, wenn sich ihr Fortbestand „durch zweckentsprechende Transaktionen“ [1]) im Rahmen des Gesetzes ohne rechtliche Schwierigkeiten erzielen läßt, entspricht es, daß § 87 i. V. mit § 43 dieses Gesetzes den Gesellschaftern die Möglichkeit einräumt, die notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrages auch nach der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister noch nachzuholen, bevor die Gesellschaft auf Antrag der Finanzprokuratur (§ 87 a. a. O.) durch Beschluß des Handelsgerichtes aufgelöst wird. Das Eigenartige und wirtschaftlich Zweckmäßige dieser Regelung besteht darin, daß, obwohl die Eintragung und damit die Entstehung der Gesellschaft (§ 2 a. a. O.) den Abschluß eines notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrages „voraussetzt“ (§§ 3, 4 a. a. O.), eine unter Mißachtung dieser Vorschriften erfolgende Eintragung die Gesellschaft dennoch zur Entstehung bringt und der den rechtlichen Fortbestand der Gesellschaft gemäß § 87 Abs. 1 a. a. O. bedrohende Formmangel des Gesellschaftsvertrages durch Nachholung der erforderlichen notariellen

---

[11]) Hasenöhrl a. a. O.

[12]) Bestritten ist, ob dies auch für Wechselgeschäfte gilt. Hasenöhrl 2. Aufl. I, 32 Anm. 20 verneint es mit Rücksicht auf Art. 7 WO. und mit der Begründung, die Form gehöre hier zum Wesen des Rechtsgeschäfts. Demgegenüber muß betont werden, daß bei völliger Unterlassung der Schriftform Einlösung eines „Wechsels“ und einer „wechselmäßigen Verbindlichkeit“ praktisch überhaupt nicht in Frage kommen wird; soweit jedoch die Schriftform gewählt, aber hinsichtlich einzelner vom Gesetz aufgestellter Erfordernisse nicht gewahrt ist, läßt sich nicht einsehen, warum die Bestimmung des § 1432 a. BGB. hier nicht anwendbar sein sollte. Siehe die Entsch. vom 18. Mai 1859 Slg. 794.

[1]) Skerlj 2. Aufl. zu § 87 S. 136.

Beurkundung noch eliminiert werden kann, auch nachdem bereits von der Finanzprokuratur beim Handelsgericht des Sitzes der Gesellschaft Antrag auf beschlußmäßige Auflösung der Gesellschaft gestellt worden ist. Dabei kann es sinngemäß keine Rolle spielen, ob die Nachholung der notariellen Beurkundung des Gesellschaftsvertrages in einem Verfahren gemäß § 43 a. a. O. oder aus eigener Initiative der Gesellschafter erfolgt.

Wir haben es also in der Bestimmung des § 87 (i. V. mit § 43) österr. GmbH.G. mit einer echten Konvaleszenzerscheinung zu tun; die infolge Formwidrigkeit des Gesellschaftsvertrages vernichtbare GmbH. verwandelt sich durch die nachträgliche Beurkundung des Gesellschaftsvertrages in einem Notariatsakt in eine Gesellschaft, gegen die aus dem ursprünglichen Formmangel des Gesellschaftsvertrages keinerlei Rechte abgeleitet werden können. Ihre bereits vor der Heilung gegebene rechtliche Existenz, die noch den Charakter des Vorläufigen, Angreifbaren trug, ist in Zukunft aus dem erwähnten formellen Grunde nicht mehr gefährdet.

Begrenzt ist der Konvaleszenzvorgang in zeitlicher Beziehung lediglich dadurch, daß das Gericht gemäß § 43 Abs. 2 a. a. O. nach Eingang des Antrages der Finanzprokuratur der Gesellschaft eine „angemessene" Frist, die allerdings „aus wichtigen Gründen" verlängert werden kann, zu setzen hat, innerhalb deren der Formmangel des Gesellschaftsvertrages zu beheben ist, widrigenfalls in einer „Tagsatzung", zu der sowohl die Finanzprokuratur als auch die Gesellschaft zu laden ist, nach mündlicher Verhandlung vom Gericht über die Auflösung der Gesellschaft entschieden wird.

§ 15.

Formheilungsmöglichkeiten nach deutschem Gesellschaftsrecht.

§ 76 GmbH.G.[1]) bestimmt: „Ein Mangel, der die Bestimmungen über die Firma oder den Sitz der Gesellschaft oder den Gegenstand des Unternehmens betrifft, kann durch einstimmigen Beschluß der Gesellschafter geheilt werden." Die Beantwortung der Frage, ob diese Bestimmung, die ganz offenbar den materiellen Inhalt des Gesellschaftsvertrages und dessen etwaige Heilung im Auge hat, auch auf den Fall Anwendung finden kann, daß der Gesellschaftsvertrag nicht in der in § 2 GmbH.G. vorgesehenen Form geschlossen wurde, setzt Stellungnahme zu der Vorfrage voraus, ob der in dem formwidrigen Abschluß

[1]) Diesem entspricht im Rechte der Aktiengesellschaft § 310 HGB., im Genossenschaftsrecht § 95 Abs. 2 GenG.

des Gesellschaftsvertrages für die Gesellschaft liegende Rechtsmangel nicht etwa schon durch die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister mit der Wirkung geheilt wird, daß die Gesellschaft nunmehr trotz formal mangelhafter Errichtung des Gesellschaftsvertrages besteht und nicht nur besteht, sondern auch, daß aus diesem Mangel künftig keine Rechte mehr abgeleitet werden können, mit denen sich der rechtliche Bestand der Gesellschaft vernichten ließe. Denn wäre dem so, wäre also der Formmangel des Gesellschaftsvertrages durch die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister mit den abgegebenen Wirkungen geheilt, so hätte es keinen Sinn, weiterhin zu fragen, ob er durch Beschluß der Gesellschafter oder, wie in §§ 87, 43 österr. GmbH.G., durch Nachholung der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung geheilt werden könnte. Geheiltes ist in bezug auf denselben Rechtsgrund nicht noch einmal heilungsbedürftig.

Die Frage, ob bei formal mangelhaft errichteten Gesellschaften des Handelsrechts die Eintragung in das Handelsregister heilende Kraft hat oder ob auch bei formal mangelhaftem Abschluß des Gesellschaftsvertrages § 75 GmbH.G. [2]) Anwendung zu finden habe, ist lebhaft umstritten; ein Teil der Schriftsteller [3]), darunter der Kommentar von Staub-Hachenburg [4]) haben sich unter Hinweis auf RG. 26, 73 [5]) für die erste, das Reichsgericht [6]) und mit ihm die überwiegende Mehrheit der Autoren [7]) für die zweite Alternative entschieden. An sich bestand hier noch die dritte Möglichkeit, anzunehmen, infolge Nichtbeobachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Form sei rechtlich überhaupt keine [8]) Gesellschaft zustandegekommen (§ 125 BGB.), also nicht einmal eine solche, die erst der Nichtigkeitserklärung durch gerichtliches Urteil bedürfte. Allein diese dritte Möglichkeit hat in der Literatur weder Anklang, noch auch überhaupt Beachtung gefunden, letzteres wohl vor allem deshalb, weil sie durch die reichsgerichtliche Auslegung des § 75 GmbH.G., auf die wir sogleich zu sprechen kommen werden, vollkommen verdeckt wurde.

---

[2]) bzw. § 309 HGB.

[3]) Müller-Erzbach I, 315 Kap. 63; Rießer in L. Z. 1909 S. 338; Crüger-Crecelius Anm. 1 zu § 2 S. 87.

[4]) 4. Aufl. Anm. 4 zu § 75 und vor allem Anm. 13 zu § 2 GmbH.G.

[5]) Für das alte Recht.

[6]) RG. 54, 418; ferner in L. Z. 1911 S. 779 Nr. 31.

[7]) Cosack, Handelsrecht 10./11. Aufl. S. 503 § 223 I, 2b; Staub, HGB. 10. Aufl. Anm. 32 zu § 182 und Anm. 2 ff. zu § 309 HGB.; Ritter Anm. 6 zu § 182 HGB. S. 231 und Anm. 5 zu § 309 HGB. S. 388; Makower I, 850; Brodmann Anm. 5 zu § 2 GmbH.G.; Warneyer-Koppe S. 25 Bem. 1 zu § 2 GmbH.G.; Liebmann S. 279 Anm. 3 zu § 75 GmbH.G.

[8]) Siehe das oben I. Teil II. Abschn. § 2 lit. a über § 125 BGB. Gesagte.

Soweit die Auslegung des § 75 GmbH.G. durch den höchsten deutschen Gerichtshof dagegen die Frage betrifft, ob dieser § 75 auch bei formwidriger Errichtung des Gesellschaftsvertrages anwendbar sei, können wir den vielbesprochenen Ausführungen des Reichsgerichts in Bd. 54 Seite 418 allerdings nur zustimmen. Wohl mag man mit der Gegenmeinung in § 75 GmbH.G. eine Bezugnahme auf § 2 des Gesetzes vermissen; allein einer solchen Bezugnahme bedurfte es nicht, weil, wie das Reichsgericht (a. a. O.) mit Recht ausführt, durch die Fassung des § 75 der Mangel der gerichtlichen oder notariellen Errichtung des Gesellschaftsvertrages als Nichtigkeitsgrund mit umschlossen wird. Zwar geht das Reichsgericht auf die Begründung dieser Behauptung nicht näher ein, seine Darlegungen lassen sich jedoch in diesem Punkte durch folgende Erwägungen ergänzen: § 75 Abs. 1 des Gesetzes gibt in ausdrücklicher Betonung dieses Umstandes den Gesellschaftern usw. eine Klage auf Nichtigkeitserklärung der Gesellschaft an die Hand für den Fall, daß „eine" der wesentlichen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages nichtig ist. Nun möge man aber erwägen: Ist eine Klage auf Nichtigkeitserklärung der Gesellschaft schon dann gerechtfertigt, wenn aus irgendeinem Grunde „eine einzige" Bestimmung des Gesellschaftsvertrages nichtig ist, so muß dies erst recht und noch viel mehr dann gelten, wenn (aus formalen Gründen — aber hierauf kommt es gar nicht an —!) der gesamte Vertrag, d. h. seine sämtlichen Bestimmungen nichtig sind. Wir bedienen uns also des arg. a maiore ad minus, um zu beweisen, daß § 75 auch den Fall der Formnichtigkeit des Gesellschaftsvertrages „mit umschließe". Hiermit glauben wir nichts anderes getan zu haben, als was auch die Gegenmeinung[9]) zur Lösung von Fragen wie der vorliegenden verlangt, nämlich Auslegung nicht aus dem Wortlaut, sondern aus „dem Wesen" des Gesetzes; denn eben dem Sinn des Gesetzes widerspricht es u. E., eine verschiedenartige rechtliche Behandlung des gegebenen Tatbestandes auf die Frage abzustellen, ob (aus beliebigen Gründen) zufällig nur einzelne oder aber (aus formalen Gründen) alle Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages nichtig sind, ein rein quantitativer Unterschied, der u. E. nicht für so wesentlich erachtet werden kann, daß aus ihm so durchgreifende rechtliche Konsequenzen wie die Entscheidung abgeleitet werden könnten, § 75 GmbH.G. sei im ersteren Falle anwendbar, im letzteren dagegen nicht. Eine überzeugende Begründung endlich für seine Behauptung, die Nichterwähnung des § 2 in §§ 75 und 76 GmbH.G. bedeute nicht, daß man die Nichtigkeit wegen Formmangels als selbstverständlich ansieht und eine Heilung, die

[9]) Staub-Hachenburg 4. Aufl. Anm. 13 zu § 2.

bei inhaltlichen Mängeln gestattet ist, bei Formfehlern ausschließen will, vermag auch Staub-Hachenburg nicht anzugeben.

Er wirft (a. a. O.) dem Reichsgericht vor, es werde bei seiner Begründung dem Unterschied zwischen dem Formmangel und dem des materiellen Inhaltes des Gründungsaktes nicht gerecht; letzterer werde auch durch den Eintrag der Gesellschaft in das Handelsregister nicht verdeckt und gebe daher, wie in § 75 Gesetz geworden, im Gegensatz zu dem ersteren auch noch nach der Eintragung eine geeignete Grundlage zur Erhebung der Nichtigkeitsklage ab. Der Formmangel des Gesellschaftsvertrages dagegen müsse als durch die Eintragung geheilt angesehen werden. Dieser Vorwurf ist indessen keineswegs gerechtfertigt; denn das Gesetz wollte — wenigstens in § 75 — nicht die materiellen Gründe in besonderen Gegensatz zu denen formeller Art, sondern lediglich zum Ausdruck bringen, daß zur erfolgreichen Erhebung der Nichtigkeitsklage schon der Umstand genüge, daß eine (!) der wesentlichen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages — aus welchen Gründen, ist dabei vollkommen gleichgültig — nichtig ist (vgl. das oben über unser arg. a maiore ad minus Gesagte) [10]). Dabei kann nicht folgende Stelle der Denkschrift [11]) als Gegenargument gegen unsere Auffassung verwendet werden: „... Auf diesen Standpunkt ... stellt sich auch der Entwurf: Die Vorschriften desselben über die Nichtigkeit der Aktiengesellschaft beziehen sich nur auf den Fall, daß die Mängel in betreff der wesentlichen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages vorliegen"; denn „Mängel in betreff der wesentlichen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages" sind auch dann gegeben, wenn der ganze Gesellschaftsvertrag formnichtig ist.

Andererseits fehlt es aber, wie das Reichsgericht mit Recht hervorhebt, an einer gesetzlichen Bestimmung, wonach der Mangel der gesetzlichen Form des Gesellschaftsvertrages als durch die Eintragung geheilt anzusehen wäre. Rießer [12]) meint, diese vom Reichsgericht vermißte gesetzliche Bestimmung liege darin, daß — um unser Thema damit auf das Recht der Aktiengesellschaft auszudehnen — § 182 Abs. 1 HGB. in § 309 HGB. vom Gesetzgeber „absichtlich" nicht erwähnt sei. Aber erstens ist dies überhaupt keine „gesetzliche Bestimmung", son-

[10]) Dagegen kann die Behauptung des RG. nicht gebilligt werden, aus § 76 (!) GmbH.G. ergebe sich klar, daß das Gesetz der Eintragung keine die Nichtigkeit heilende Kraft zuschreibe, wenn der Gesellschaftsvertrag nicht in der gebotenen Form errichtet worden ist; denn in § 76 ist im Gegensatz zu § 75 ganz offensichtlich von materiellen Mängeln die Rede. Formelle Mängel der in § 76 genannten Vertragsbestandteile könnten wohl nicht durch einstimmigen Beschluß der Gesellschafter geheilt werden.

[11]) Denkschr. zum HGB. S. 82.

[12]) In L. Z. 1909 S. 338 ff.

dern lediglich eine persönliche Auslegung der genannten Rechtsnorm durch Rießer und zweitens ist diese Auslegung Rießers u. E. gar nicht einmal zutreffend; denn zur Erwähnung des § 182 Abs. 1 HGB. in § 309 HGB. bestand für den Gesetzgeber gar keine Veranlassung, wohl dagegen zu einer Zerlegung des § 182 HGB. durch § 309 HGB. in zwei Absätze: Die „wesentlichen Bestimmungen" des Gesellschaftsvertrages sind nun einmal in § 182 Abs. 2 HGB. niedergelegt und, wollte der Gesetzgeber zum Ausdruck bringen, daß jede Nichtigkeit auch nur einer dieser Vertragsbestimmungen schon zur Erhebung der Nichtigkeitsklage berechtige, so mußte er wohl oder übel diesen § 182 Abs. 2 HGB. zitieren.

Auf den ersten Blick überhaupt unverständlich ist die Behauptung Staub-Hachenburgs (a. a. O.), aus §§ 75 ff. GmbH.G. erhelle, daß das Gesetz der Eintragung in das Handelsregister heilende Kraft zuspreche. Dies wird jedoch klarer bei den nachfolgenden Ausführungen Staub-Hachenburgs und denen Rießers (a. a. O.), der sagt, aus § 200 Abs. 1 Satz 1 HGB. („Vor der Eintragung in das Handelsregister ... besteht die Aktiengesellschaft als solche nicht") i. V. mit § 309 HGB. könne geschlossen werden, daß die Aktiengesellschaft, falls nur die Vorschriften des § 182 Abs. 2 HGB. hinsichtlich des wesentlichen Inhaltes des Gesellschaftsvertrages gewahrt seien, mit der Eintragung in das Handelsregister rechtlich als solche ins Leben trete. Hieran kann — allerdings unter der sehr wesentlichen Modifikation, daß das Gesagte auch ohne die von Rießer gemachte Einschränkung gilt (hierüber sogleich) — in der Tat nicht gezweifelt werden. Daraus, daß die Gesellschaft mit ihrer Eintragung in das Handelsregister zur Entstehung gelangt, folgt jedoch noch nicht, daß „aus dem Nichterwähnen der Vernichtungsmöglichkeit trotz der Eintragung bei der formwidrigen Urkunde auf die vollständige Heilung geschlossen werden"[13]) darf, d. h. daß mit der Eintragung der formwidrig errichteten Gesellschaft zugleich das Recht der Gesellschafter usw. erloschen ist, im Wege der Klage wegen Formnichtigkeit des Gesellschaftsvertrages die Nichtigkeitserklärung der Gesellschaft zu beantragen. Die nur zu billigende Ansicht Staub-Hachenburgs und Rießers, daß die Gesellschaft mit der Eintragung rechtlich als solche entsteht, beweist keineswegs, daß sie nicht trotz der Eintragung infolge des dem Gesellschaftsvertrage anhaftenden Formmangels (Funktionstypus B) vernichtbar bleibt.

Hiermit sind wir nun allerdings zu einem Punkte gelangt, wo wir in schroffsten Gegensatz zu der h. M. und zum Reichsgericht treten.

---

[13]) Staub-Hachenburg a. a. O.

Die überwiegende Mehrzahl der Kommentatoren gibt sich nämlich mit der Frage, welche konstruktiven Folgerungen sich aus § 75 GmbH.G., § 309 HGB. für die rechtliche Existenz der Gesellschaft ergeben, entweder überhaupt nicht ab oder aber sie zitiert lediglich die Denkschrift zum HGB.[14]), wo es[15]) heißt: „Das Urteil, durch welches die Gesellschaft für nichtig erklärt wird, hat nur deklaratorische Bedeutung" und weiter, „es sei nicht anzunehmen, daß die Gesellschaft bis zur Eintragung des Urteils zu Recht bestehe". Dies schließe aber nicht aus, daß der Gesellschaft insoweit, als „es sich um die Abwickelung ihrer Verhältnisse handle, dennoch eine gewisse Rechtsbeständigkeit" beigelegt werde. Diese Auffassung der Denkschrift ist wissenschaftlich unhaltbar; denn entweder besteht die Gesellschaft auch trotz der unter § 75 GmbH.G., § 309 HGB. fallenden Mängel oder aber sie besteht nicht. Ein Mittelding gibt es nicht.

Staub[16]), der sich allein bemüht, eine befriedigende Lösung zu geben, kommt zu dem Ergebnis, die Gesellschaft sei zwar als A.-G. entstanden, sie „gelte" für den Rechtsverkehr sogar als „zu Recht" bestehend und deshalb seien die in ihrem Namen mit Dritten vorgenommenen Geschäfte gültig (§ 311 Abs. 2 HGB.), aber sie bestehe „zu Unrecht". Auch ihre Organe bestünden „zu Unrecht". Demgegenüber ist zu sagen: Die Einführung derartiger metarechtlicher Begriffe („Unrecht") in die Rechtswissenschaft muß mit aller Entschiedenheit zurückgewiesen werden; sie verhindert im höchsten Maße die Aufstellung einer wissenschaftlich exakten („reinen") Rechtlehre. Der vom rechtswissenschaftlichen Standpunkt aus allein zu billigende kontradiktorische Gegensatz zu Recht ist „Nichtrecht". Es ist aber ausgeschlossen, daß etwas gleichzeitig „zu Recht" und „zu Nichtrecht", d. h. nicht zu Recht, bestehe. Die Vorstellung, eine unter Mißachtung materieller oder formeller Rechtsnormen ins Leben (d. h. auch ins Rechtsleben) getretene A.-G. bestehe „zu Unrecht", mag für den Laien etwas Bestechendes haben, wissenschaftlich ist sie ein nicht nur unzulänglicher, sondern verderblicher Ausdruck dafür, daß die A.-G. als solche durch die Eintragung ungeachtet der Mängel des Gesellschaftsvertrages zwar entstanden und auch zu Recht bestehend[17]), aber vernichtbar ist.

Die „Erläuternden Bemerkungen" zur Regierungsvorlage des

---

[14]) So Crüger-Crecelius S. 326 ff.; Merzbacher 6. Aufl. S. 201; Warneyer-Koppe S. 179 ff.; Brodmann S. 256 ff.

[15]) S. 184.

[16]) HGB. 12./13. Aufl. II Anm. 11—16 zu § 309 HGB.; ebenso Staub-Hachenburg 4. Aufl. Anm. 14 zu § 75 GmbH.G.

[17]) Ebenso Cosack, Handelsrecht 10./11. Aufl. S. 503 § 223 I, 2 b.

österreichischen GmbH.G.[18]) sagen: „So logisch richtig nun die Konstruktion des deutschen Gesetzes ist, daß in einem solchen Falle die Nichtigkeit der Gesellschaft ex tunc ausgesprochen werde, kann sich doch das deutsche Gesetz der praktischen Erwägung nicht verschließen, daß dasjenige, was bisher von der Gesellschaft als Rechtspersönlichkeit vorgenommen worden ist, nicht aus der Welt geschafft werden kann; es wird daher ausdrücklich im § 77 die Wirksamkeit der mit Dritten vorgenommenen Rechtsgeschäfte anerkannt, die Verpflichtung der Personen, welche sich als Gesellschafter betrachten mußten, zur Leistung der versprochenen Einzahlung statuiert ... und überhaupt die analoge Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Liquidation ausgesprochen. Damit stellt sich jedoch die Nichtigkeitserklärung ex tunc als eine rein fiktive Formalität dar und in dem praktischen Erfolge erscheint die Nichtigkeitserklärung als Auflösungserkenntnis." Hiermit ist die Rechtslage zutreffend gekennzeichnet.

Das beste Argument für die rechtliche Existenz der mangelhaft errichteten, aber eingetragenen A.-G. und G. m. b. H. ist die Bestimmung des § 310 HGB., § 76 GmbH.G.: Nur die Generalversammlung einer rechtlich bestehenden A.-G., nur die Gesellschafter einer rechtlich bestehenden G. m. b. H. können „Beschlüsse" fassen, wie sie in diesen Bestimmungen vorgesehen sind. Zu erörtern, welche rechtliche Wirkungsfähigkeit solchen Gesellschaften und ihren Organen im übrigen zukommt, ist hier nicht unsere Aufgabe[19]). Es genügt festzustellen, daß wir es bei der formwidrig errichteten eingetragenen A.-G. und G. m. b. H. mit vernichtbaren Rechtspersönlichkeiten oder, wie Staub-Hachenburg[20]) es zutreffend ausdrückt, mit Gesellschaften zu tun haben, „die den Todeskeim in sich" tragen.

Das Reichsgericht, das an der deklaratorischen Bedeutung des Nichtigkeitsurteiles festhält, wendet auf formal mangelhaft errichtete Gesellschaften m. b. H. § 125 BGB. mit einer Selbstverständlichkeit an, als sei es feststehende Tatsache, daß § 125 BGB. und § 75 GmbH.G. nicht zwei verschiedene, sondern ein und denselben Funktionstypus gesetzlicher Formerfordernisse darstellen; es sagt[21]): „Die Auffassung des Berufungsgerichts (das für die Heilung des Formmangels durch Eintragung eintritt. Anm. des Verf.) würde dahin führen, daß auf dem

---

[18]) Nr. 236 der Beilagen zu den stenogr. Protokollen des österr. Herrenhauses XVII. Session 1904, zitiert bei Skerlj 2. Aufl. S. 135.

[19]) Wir verweisen noch auf das bezüglich der formell mangelhaft geschlossenen eingetragenen Ehe Gesagte; s. oben I. Teil II. Abschn. § 3 I lit. b.

[20]) der trotzdem von „latenter Nichtigkeit" und nur „formeller Existenz" spricht.

[21]) RG. 54, 418 ff.

Gebiete der G. m. b. H. wie auf dem Gebiete des Aktiengesellschaftsrechtes der § 125 BGB. seiner Bedeutung völlig entkleidet und die Absicht des Gesetzes, durch Vorzeichnung bestimmter Formen des Vertragsschlusses die Wichtigkeit der rechtsgeschäftlichen Erklärung bei der Gründung solcher Gesellschaften zum Bewußtsein zu bringen, ganz vereitelt würde, sobald unter Nichtbeobachtung der gesetzlichen Vorschriften die Eintragung der Gesellschaft in das Register erfolgt." Trotzdem kann man — wenigstens im Ergebnis — den Ausführungen des Reichsgerichts in diesem Punkte zustimmen, sofern man nämlich nur die Worte „§ 125 BGB." durch „§ 2 GmbH.G." (bzw. „§ 182 Abs. 1 HGB.") ersetzt. Denn es ist erforderlich — und der hierin liegenden Gefahr ist das Reichsgericht nicht entgangen —, sich klarzuhalten, daß § 125 BGB. im Falle des § 2 GmbH.G. nur auf den Gesellschaftsvertrag als solchen (Formtypus A), nicht aber auf die Gesellschaft als Rechtspersönlichkeit angewendet werden kann; bei dieser greift § 75 GmbH.G. (Formtypus B) Platz. Der Einwand Rießers (a. a. O.), der meint, der Gesetzgeber könne unmöglich „auf einem derart formalistischen Standpunkt gestanden haben, daß er auch in einem solchen Falle (d. h. bei Formnichtigkeit des Gesellschaftsvertrages, zumal, wenn dieselbe äußerlich für den Registerrichter nicht erkennbar hervortritt. Anm. des Verf.) die Löschung oder Nichtigkeitserklärung einer eingetragenen und vielleicht seit 20 Jahren bestehenden A.-G. oder G. m. b. H. gewollt haben sollte", geht völlig fehl. Denn wozu hätte der Gesetzgeber die Formvorschrift des § 2 GmbH.G. aufgestellt, wenn er nicht auch „bei Strafe der Nichtigkeit" gewollt hätte, daß sie „von allen Beteiligten gebührend beachtet werde"[22]). Hierin drückt sich ja schon der ganze Formalismus des Gesetzgebers aus. Man würde ins Uferlose geraten, wollte man wie Rießer die gesetzlich normierten Formerfordernisse stets schon um deswillen jeder normativen Bedeutung berauben, weil sie in ihren Auswirkungen zu praktisch bisweilen unangenehm empfundenen Ergebnissen, ja vielleicht zu Härten[23]) führen.

Haben wir somit festgestellt, daß der Formmangel einer auf formnichtigem Gesellschaftsvertrag beruhenden G. m. b. H. oder A.-G. des deutschen Rechts durch die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister keineswegs „geheilt" wird, daß die Gesellschaft vielmehr im Rahmen des § 75 GmbH.G., § 309 HGB. vernichtbar bleibt, so können wir nunmehr fragen, ob auf solche Gesellschaften § 76 GmbH.G § 310 HGB. Anwendung finden könne. Allein eine derart erweiternde Auslegung der letztgenannten Bestimmungen[24]) müssen wir mit der h. M.

[22]) RG. 54, 418 ff.
[23]) Vgl. das oben II. Teil I. Abschn. § 9 über derartige Versuche Gesagte.
[24]) wie sie Brodmann a. a. O. empfiehlt.

ablehnen, und zwar vor allem deswegen, weil sich diese Vorschriften, wie schon gesagt wurde, ganz offenbar nur auf Mängel des Gesellschaftsvertrages beziehen, die „durch Beschluß der Gesellschafter" bzw. „der Generalversammlung" geheilt werden können. Dies wäre aber bei Zuwiderhandlung gegen die Formvorschriften der §§ 2 GmbH.G., 182 Abs. 1 HGB. nicht wohl denkbar. De lege ferenda jedoch dürfen die soeben erwähnten Ausführungen Rießers über den „Formalismus" des Gesetzgebers als Ausdruck des in der Praxis bestehenden Bedürfnisses gewertet werden, daß eine ähnliche Regelung, wie sie § 87 i. V. mit § 43 österr. GmbH.G. enthält, auch für das deutsche Recht getroffen wird.

So bleibt endlich nur noch die Frage zu beantworten, ob die Vernichtbarkeit einer formwidrig errichteten G. m. b. H. oder A.-G. etwa dadurch geheilt werden konnte, daß das Recht der Gesellschafter usw., im Wege der Klage die Nichtigkeitserklärung der Gesellschaft zu beantragen, verjährt, m. a. W. die Frage der Anwendbarkeit der §§ 194, 195 BGB. auf dieses Antragsrecht. Aus der Fassung des § 194 Abs. 1 BGB. jedenfalls („Das Recht, von einem Andern ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen [Anspruch], unterliegt der Verjährung") läßt sich keine Lösung des Problems ableiten. Denn als „Anspruch" stellt sich auch das erwähnte Antragsrecht (Klagerecht) der Gesellschafter dar: haben diese auch keinen „Anspruch" gegen die Gesellschaft, gegen die die Nichtigkeitsklage zu richten ist, so steht ihnen doch das Recht zu, unter den in § 75 GmbH.G., § 309 HGB. genannten Voraussetzungen vom Staate, d. h. von dessen Organen, ein bestimmtes Tun, nämlich die Nichtigkeitserklärung der Gesellschaft in gerichtlichem Urteil, zu verlangen. Allein dieser Anspruch ist kein privatrechtlicher, sondern öffentlichrechtlicher Natur und auf solche Ansprüche findet, wie allgemein anerkannt, weder das BGB. im allg., noch die §§ 194, 195 BGB. im bes. Anwendung. Das Recht, die urteilsmäßige Nichtigkeitserklärung einer formwidrig errichteten Gesellschaft zu beantragen, unterliegt somit nicht der Verjährung[25]).

[25]) So auch die h. M.: vgl. die Kommentare zu § 194 BGB., die allerdings den Umstand meist unberücksichtigt lassen, daß das erwähnte Antragsrecht doch immerhin einen öffentlich rechtlichen „Anspruch" darstellt.

Dritter Teil.

Heilungserscheinungen bei Formmängeln der Eheschließung.

Die Konvaleszenzerscheinung des § 1324 II BGB.

§ 1.

Rechtliche Natur.

Während die Nichtehe, d. h. die mangels Einhaltung der gesetzlichen Eheschließungsform des § 1317 BGB. (Formtypus A) nichtige, nicht eingetragene „Ehe" logisch konsequenterweise auch keiner Heilung fähig ist, kann die rechtliche Mangelhaftigkeit einer eingetragenen, aber infolge eines Formmangels der Eheschließung vernichtbaren Ehe (Formtypus B) gemäß § 1324 Abs. 2 BGB. durch zehnjähriges (usw.) eheliches Zusammenleben der Nupturienten[1]) geheilt werden.

Wenn wir es in dieser Bestimmung auch nicht mit einem Rechtssatz des Obligationen-, sondern des Familienrechts zu tun haben, der seinem ganzen Wesen nach sich notwendigerweise von den Heilungsvorgängen der §§ 313, 518, 766 BGB. scharf abheben muß, so kann doch nicht geleugnet werden, daß der ihm zugrunde liegende gesetzgeberische Gedanke ein ähnlicher ist wie dort. Auch hier soll die Strenge einer gesetzlichen Formvorschrift dadurch gemildert werden, daß das Gesetz dem durch die formwidrige Handlung gesetzten Zustande Rechnung trägt, allerdings nur dann, wenn derselbe eine gewisse Zeitspanne hindurch konstant geblieben ist. Es wäre jedoch verfehlt, aus § 1324 Abs. 2 BGB. auf die Möglichkeit eines Eheabschlusses in zwei verschiedenen Gestalten schließen zu wollen. Von einem „realen" Abschluß kann im Falle des § 1324 Abs. 2 BGB. schon deswegen nicht die Rede sein, weil das Wort „res" spezifisch schuldrechtlichen Charakter hat und, obwohl der Abschluß einer Ehe Verpflichtungen (auch schuldrechtliche) der verschiedensten Art mit sich bringt, die durch das „Miteinanderleben als Ehegatten" tatsächlich erfüllt werden, es doch unserer sittlich-kulturellen Auffassung von dem Wesen der Ehe widerstrebt, in dieser einen rein obligatorischen, auf Leistung und Gegenleistung gerichteten Vertrag zu sehen. § 1324 Abs. 2 BGB. stellt sich vielmehr im Gegensatz zu den im I. Abschnitt des II. Teils erörterten Fällen des Obligationenrechts (§§ 313 Satz 2, 518 Abs. 2 BGB. usw.) als typisches

[1]) Nicht „durch Zeitablauf", wie Enneccerus 4./5. Aufl. II, 2 § 23 III, 5 S. 71; Dernburg 3. Aufl. IV, 70 § 21 II, 1; K.RGR. 5. Aufl. I, 180; v. Tuhr II, 1 § 63 S. 502 Note 44; Hummel, Diss. 1903 S. 80 meinen; hiegegen Endemann 6. Aufl. II, 649: „Die eheliche Gemeinschaft ist die Hauptsache; der bloße Zeitablauf genügt nicht."

Beispiel einer echten Konvaleszenz dar[2]). Die infolge Formmangels der Eheschließung vernichtbare, eingetragene und heilungsbedürftige Ehe hat, wie wir gesehen haben, rechtliche Geltung, rechtliche Existenz, solange sie nicht durch Urteil für nichtig erklärt ist. Der Rechtsmangel nun, an dem sie leidet, nämlich die Möglichkeit, durch Klage und Urteil ihre rechtliche Existenz zu vernichten, wird, soweit auf Verletzung der Formvorschrift des § 1317 BGB. beruhend, durch zehnjähriges eheliches Zusammenleben der Nupturienten geheilt. Die Konvaleszenz besteht demnach, genau betrachtet, darin, daß durch sie den Berechtigten das aus dem Formfehler der Eheschließung entspringende Recht, auf dem Umweg über ein gerichtliches Urteil den (vorläufigen) Bestand der Ehe zu beseitigen, entzogen wird[3]). Sie läßt sich auch als eine an die Bedingung dauernder ehelicher Lebensgemeinschaft geknüpfte Verjährung[4]) dieses Rechts auffassen, wie sich eine solche regelmäßig im Gefolge der funktionell nach Typus B ausgestalteten Form findet.

§ 2.

Das zehnjährige eheliche Zusammenleben, seine Dauer und sein Verhältnis zur Eintragung ins Heiratsregister.

Es ist eine Tatfrage, ob die Ehegatten in der kritischen Zeit (zehn bzw. drei Jahre) so miteinander gelebt haben, daß ihre Lebensführung als eine eheliche bezeichnet werden kann. Thiesing[1]) meint zutreffend, es müsse eine solche Lebensführung vorliegen, „daß der ernstliche Wille der Gatten erhelle, als Ehepaar zu leben". Er bringt hierdurch ebenso wie Klein[2]) den äußeren Tatbestand des ehelichen Zusammenlebens in einen durchaus zu billigenden Beziehungszusammenhang mit der subjektiven Willenseinstellung der Parteien; Klein verlangt von dem ersteren mit Recht eine solche Beschaffenheit, daß er als Indiz für den Willen, als Ehegatten miteinander zu leben, gewertet werden kann, oder, wie Endemann[3]) es ausdrückt: der ernste Wille der Beteiligten zu ehelicher Lebensgemeinschaft muß als durch die Tat bekundet gelten können. Diese Wertung unterliegt dem freien richterlichen Ermessen. Anhaltspunkte bieten das Vorhandensein einer gemeinschaftlichen Wohnung, die Führung des Familiennamens des Mannes

---

[2]) Endemann 8./9. Aufl. II, 2 § 160 S. 157: „Die Heilbarkeit beruht darauf, daß die scheingültige Ehe bloß vernichtbar ist."
[3]) Ebenso Enneccerus 4./5. Aufl. II, 2 § 23 III, 5 S. 72.
[4]) „Verschweigung": Enneccerus a. a. O.
[1]) § 16 S. 122 ff.
[2]) Bl. f. RA. 76, 380.
[3]) 6. Aufl. II, 618.

durch die Frau und die Kinder, Leitung des Hauswesens durch die Frau, gemeinsame Erziehung der Kinder, Schlüsselgewaltausübung usw.

Einige Schwierigkeiten dürfte die Entscheidung der Frage verursachen, ob eine vorübergehende Trennung von solcher Bedeutung ist, daß sie das eheliche Zusammenleben ausschließt. Immerhin braucht dasselbe kein ununterbrochenes zu sein. Kürzere Trennungen spielen auch dann keine Rolle, wenn sie in einer Zwistigkeit der Ehegatten und somit in einer bewußten und gewollten Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft ihren Grund haben. Bei Trennungen von längerer Dauer jedoch wird gerade das die Trennung veranlassende Motiv für die richterliche Beurteilung von ausschlaggebender Bedeutung sein. Bezwecken daher die Ehegatten mit der Trennung geradezu die Aufhebung ihrer ehelichen Beziehungen, so können bei späterer Fortsetzung der ehelichen Lebensgemeinschaft die Voraussetzungen der Konvaleszenz nicht als gegeben erachtet werden; es finden in einem solchen Falle nicht die Grundsätze über Hemmung, sondern die über Unterbrechung einer Frist Anwendung. Daher darf weder der während einer wirklichen längeren Trennung mit beabsichtigter Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft verflossene Zeitraum in die zehnjährige Frist einbezogen, noch die vor ihm liegende Zeit ehelichen Zusammenlebens der der Trennung folgenden hinzugerechnet werden[4]).

Es fragt sich, von welchem Zeitpunkt an die zehnjährige Frist zu rechnen sei und ob sie an ihrem Anfang durch eine der bürgerlich-rechtlichen Eheschließung wenigstens äußerlich ähnliche Handlung (Rechtshandlung) begrenzt sein müsse. Nach der Formulierung des Gesetzes könnte man in der Tat geneigt sein, eine solche Anforderung an den die Konvaleszenz bedingenden Tatbestand zu stellen. Denn § 1324 Abs. 2 BGB. sagt wörtlich: „Ist die Ehe in das Heiratsregister eingetragen worden und haben die Ehegatten nach der Eheschließung (!) zehn Jahre ... als Ehegatten miteinander gelebt ..." Eine solche Auffassung vertreten denn auch Stölzel[5]) und Henle[6]). Jedenfalls kann das Gesetz in § 1324 Abs. 2 BGB. unter „Eheschließung" nicht einen juristischen Eheschließungsakt verstehen; denn ein solcher muß sich in der Form des § 1317 BGB. abspielen. Fehlt es aber, wie gerade in § 1324 BGB. vorausgesetzt wird, an einem der dort aufgestellten Formerfordernisse, so liegt gemäß § 1324 Abs. 1 BGB. ein rechtsgültiger Eheschließungsakt, eine bürgerlich-rechtlich anerkannte Eheschließung

---

[4]) Thiesing a. a. O.

[5]) Das Personenstandsgesetz S. 96 Bem. V A.

[6]) Nicht-Ehe S. 39 ff. Henle baut auf der irrigen Vorstellung auf, die Nichtehe sei ein „Institut", „dessen Zweck einen möglichst einfachen und jederzeit leicht feststellbaren Tatbestand erfordere".

überhaupt nicht vor. Es handelt sich eben in § 1324 Abs. 2 BGB. gerade wie in § 313 Satz 2 BGB. um jenen bereits mehrmals erwähnten[7]) Sprachgebrauch, wonach von einer bürgerlich-rechtlich nichtigen „Eheschließung" gesprochen wird, obwohl gerade die nichtige Eheschließung bürgerlich-rechtlich betrachtet überhaupt keine Eheschließung ist.

Haben wir somit festgestellt, daß § 1324 Abs. 2 BGB. unter „Eheschließung" nicht eine solche im Rechtssinne, sondern nur einen (von der Beurkundung im Heiratsregister losgelösten) rein faktischen Vorgang verstehen kann, so fragt es sich, welche Anforderungen an denselben zu stellen sind. Da alle Formerfordernisse des § 1317 BGB. gleichwertig sind, da also, wenn überhaupt schon ein Verstoß gegen § 1317 vorliegt, es gleichgültig ist, welches der dort aufgestellten Formerfordernisse nicht beobachtet wurde oder ob sie alle außer acht gelassen wurden, erscheint es auch als unzulässig, von dem erwähnten faktischen, die Konvaleszenz mitbedingenden Vorgang einer nichtjuristischen Eheschließung zu verlangen, er müsse wenigstens eines oder einzelne der von § 1317 BGB. normierten Elemente enthalten. Dies hebt Marcus[8]) zutreffend hervor, indem er sagt: „Der Versuch, einen Minimaltatbestand aus § 1317 herauszuschälen[9]), läßt die immer wieder betonte Tatsache außer acht, daß nur die absolut wesentlichen Formvorschriften in § 317 Aufnahme gefunden haben." Er verweist auf Denkschr. 173; Mot. IV, 39 und die Protokolle. „Um so strenger ist daran festzuhalten, daß beim Unterlassen dieses gesetzlich fixierten Mindestmaßes die Rechtsordnung kein Interesse daran hat, ob ein willkürlich herausgerissenes Stück der vorgeschriebenen Form beobachtet worden ist oder nicht."

Die Tatsache jedoch läßt sich u. E. mit Sicherheit aus § 1324 Abs. 2 BGB. entnehmen, daß die Konvaleszenz der Ehe einen, wenn auch rein tatsächlichen Vorgang voraussetzt, den man nach der Natur der Sache (nicht im juristischen Sinne) immerhin als Eheschließung bezeichnen mag. Daß derselbe keines der in § 1317 BGB. erwähnten Formelemente zu enthalten braucht, haben wir gesehen. Wie er sich rein faktisch gestalten kann, läßt sich bei der Fülle von Variationsmöglichkeiten des praktischen Lebens auch nicht in ungefähren Umrissen skizzieren. Dagegen kann man sehr wohl einen Minimaltatbestand für ihn aufstellen. Dieser besteht in der ganz formlosen Willenseinigung beider Teile darüber, als Ehegatten miteinander leben zu wollen; denn eine solche Willenseinigung muß, auch wenn man mit Henle[10]) die

[7]) Siehe oben I. Teil § 1 und II. Teil I. Abschn. § 3 lit. c.
[8]) bei Gruch. 54, 253 ff.
[9]) wie es Henle a. a. O. versucht.
[10]) a. a. O. S. 18 ff.

Ehe lediglich als ein Rechtsverhältnis, d. h. als etwas rein Normatives, nicht als ein „rechtlich geordnetes Lebensverhältnis", die „Eheschließung" selbst also als einen Normsetzungsakt betrachtet, als das Minimum dessen bezeichnet werden, was als nicht juristischer Eheschließunsakt, als faktisches Minimum dieses Normsetzungsaktes gedacht werden kann[11]).

Endlich noch einiges über das Verhältnis von ehelichem Zusammenleben und Eintragung ins Heiratsregister. Marcus (a. a. O.), der gleichfalls einen beiderseitigen Willensakt der zukünftigen Ehegatten für unerläßlich hält, verlangt, daß derselbe in kausalem Zusammenhang mit der Eintragung stehe. Denn, sagt er, nach der Regelung des BGB. „stehen der Rechtsakt der Eheschließung und die Eintragung ins Heiratsregister im Verhältnis von Ursache und Wirkung; folglich verlangt für die in Rede stehende Sachlage der systematische Charakter unserer Rechtsordnung, daß die tatsächliche Deklaration des Eheschließungswillens in demselben Kausalitätsverhältnis zur Eintragung steht". Dem kann nur zugestimmt werden.

Was das zeitliche Verhältnis beider Akte betrifft, so kann ein das Konvaleszieren der Ehe herbeiführendes eheliches Zusammenleben u. E. erst in dem Zeitpunkt beginnen, in dem die Ehe in das Heiratsregister eingetragen wird. Denn wie wir gesehen haben, ist eine nicht eingetragene, formwidrig geschlossene Ehe ein matrimonium non existens; solange also die Ehe nicht eingetragen ist, kann dem ehelichen Zusammenleben keine rechtliche Bedeutung zukommen, das Konvaleszieren der Ehe durch die eheliche Lebensgemeinschaft noch nicht eingeleitet werden, da es noch an einer wesentlichen Voraussetzung der bloßen Konvaleszenz möglichkeit, der Eintragung, fehlt. Erst durch die Eintragung wird die Ehe zu einer solchen, für die die Möglichkeit einer Konvaleszenz besteht. Die Eintragung ist somit nicht selbst Konvaleszenzfaktor, sie kann nicht etwa am Ende eines zehnjährigen ehelichen Zusammenlebens noch beliebig nachgeholt werden; vielmehr hebt sie die Nichtehe von der vernichtbaren Ehe auch mit der Wirkung ab, daß nunmehr der Konvaleszenzprozeß beginnen kann. Da aber der Fall, daß eine Eintragung vor der erwähnten Willenseinigung der Nupturienten mit rechtlicher Erheblichkeit stattfindet, deswegen nicht gedacht werden kann, weil beide Akte in kausalem Zusammenhang stehen und die „Wirkung" logischerweise nicht vor Eintritt der

---

[11]) „Ehewillenserklärungen" verlangt auch Henle S. 33 als Tatbestand der Nichtehe, jedoch keine solchen privater Art, sondern Erklärungen vor (S. 41) und gegenüber (S. 54) einem Standesbeamten, eine Auslegung, zu der wir uns aus den genannten Gründen nicht bekennen können.

Ursache erfolgen kann, müssen wir im Ergebnis Cosack[12]) zustimmen, wenn derselbe Konvaleszenz nur unter der Bedingung eintreten läßt, daß die Ehegatten „nach der Eintragung ihrer Ehe im Heiratsregister" zehn Jahre miteinander gelebt haben. Dies ist keine willkürliche Veränderung des Gesetzestextes, wie Marcus (a. a. O.) meint, sondern ergibt sich mit logischer Notwendigkeit aus dem besprochenen Verhältnis von ehelicher Lebensgemeinschaft und Eintragung. Übrigens ist diese Auffassung praktisch noch deswegen von besonderem Vorteil, weil sie ermöglicht, den Beginn der zehnjährigen Frist eindeutig festzustellen.

§ 3.

„Rückwirkung."

Für die Richtigkeit der Annahme einer echten Konvaleszenz spricht u. a. auch die Bestimmung des § 1324 Abs. 2 BGB., wonach die Ehe, deren Formmangel durch zehnjähriges eheliches Zusammenleben geheilt wurde, als von Anfang an (!) gültig anzusehen ist, eine Regelung, durch die sich die Konvaleszenzerscheinung des § 1324 Abs. 2 BGB. von den Heilungsvorgängen der §§ 313 Satz 2, 518 Abs. 2, 766 Satz 2 BGB. usw. als ein von diesen grundsätzlich verschiedener, in seiner rechtlichen Natur anders gearteter Vorgang mit besonderer Schärfe abhebt. Sachlich erscheint uns indessen die ausdrückliche Vorschrift, daß die Ehe als von Anfang an gültig anzusehen sei, in Anbetracht der materiellrechtlichen Auswirkungen des § 1329 BGB.[1]) überflüssig; es wäre überraschend, wenn das, was bereits bis zur Heilung als gültig behandelt werden mußte, nicht auch nach der Heilung als von Anfang an gültig anzusehen wäre. Daß § 1324 Abs. 2 BGB. diese Konsequenz ausdrücklich hervorhebt, erklärt sich daraus, daß das Gesetz einem anderen Sprachgebrauche huldigt und daher der ausdrücklichen Betonung dieses Umstandes bedarf. Doch halten wir den in der Literatur gebräuchlichen Ausdruck „rückwirkende Kraft der Heilung" für unzutreffend; denn mit dem Wesen der Konvaleszenz als des Erstarkens eines zwar rechtsmängelbehafteten, aber doch gültigen rechtsgeschäftlichen Tatbestandes zu einem rechtsmängelfreien ist der Gedanke unvereinbar, das Geschäft sei vor der Heilung rechtlich nicht existent gewesen und seine Gültigkeit ex tunc werde nur im Wege einer Fiktion festgesetzt.

---

[12]) 7./8. Aufl. II, 2 § 37 IV, 1a S. 101. Ebenso im Ergebnis, wenn auch nicht in der Begründung Henle S. 42.

[1]) Siehe oben I. Teil II. Abschn. § 3.

Schlußbemerkung.

Das Ergebnis unserer Untersuchungen möchten wir in folgenden Sätzen zusammenfassen:

I. Es ist unmöglich, die im Gebiete des deutschen, französischen, österreichischen und schweizerischen Obligationen-, Gesellschafts- und Eherechtes sich findenden Heilungserscheinungen konstruktiv auf eine einzige Rechtsfigur zurückzuführen. Die einzelnen Fälle müssen vielmehr individuell und unter Berücksichtigung ihrer normativen Eigenart innerhalb ihres besonderen Rechtssystems gewürdigt werden.

II. Es lassen sich jedoch entsprechend den drei Typen normativer Formfunktion, die wir mit den Namen: „Die Form als Existenzbedingung", „Formmangel als existenzbedrohender Umstand" und „Die Form als Klagbarkeitsbedingung" zu charakterisieren versuchten, folgende drei Grundtypen der Heilung herausschälen:

1. Die Heilung stellt sich als Erweiterung des für den Formalvertrag normierten gesetzlichen Tatbestandes um eine (deutsche Innominatrealkontrakte) oder mehrere (Art. 1340 C. civ.) weitere Rechtsbedingungen unter Abzug des Formerfordernisses dar.

2. Die Heilung besteht in der Konvaleszenz eines zwar existierenden, aber vernichtbaren Rechtsverhältnisses zu einem mängelfreien (vernichtbare Ehe des deutschen, vernichtbare G. m. b. H. des österreichischen Rechts).

3. Die Heilung erscheint als unmittelbarer Ausdruck der Tatsache, daß die Form die Funktion einer Klagbarkeitsbedingung des Rechtsgeschäfts hat (§ 1432 a. BGB.).

III. De lege ferenda genießt die Lösung des deutschen Obligationenrechts (§§ 313 Satz 2, 518 Abs. 2, 766 Satz 2 BGB., § 15 Abs. 4 Satz 2 GmbH.G.) den Vorzug größter Rechtssicherheit. Sie leidet daran, daß sie dem für den Formalvertrag normierten Formerfordernisse nicht, wie es die Bestimmungen des Art. 1340 C. civ., der §§ 87, 43 österr. GmbH.G., des § 1324 Abs. 2 BGB. tun, Rechnung trägt. Als völlig unbefriedigend muß zumal mit Rücksicht auf zweiseitige Verträge vom rechtspolitischen Standpunkte aus die veraltete Lösung des § 1432 a. BGB. bezeichnet werden.

Lebenslauf.

Am 23. Januar 1901 wurde ich als Sohn der Notarsehegatten Julius und Mary Sommer in München geboren und besuchte — mit einer kurzen Unterbrechung des Studiums durch eine vorübergehende Beschäftigung im Bayer. Kriegsministerium im Jahre 1918 — von 1911 bis 1920 das hum. Gymnasium in Ansbach, das ich im Sommer 1920 nach Ablegung der Reifeprüfung verließ. Ich widmete mich dem Studium der Rechtswissenschaft an der Universität München und bestand hier am 16. Juli 1924 die erste juristische Prüfung. Herr Geh.-Rat Prof. Dr. Ernst Rabel, Berlin, hatte die Güte, mir im Frühjahr 1925 das Thema der Dissertation zur Verfügung zu stellen. Seit 15. Septbr. 1924 war ich nacheinander beim Amtsgericht, Landgericht I, Stadtrat und bei der Polizeidirektion München im Vorbereitungsdienst tätig. Dem schriftlichen Teil der Doktorprüfung unterzog ich mich am 30., dem mündlichen am 31. Juli 1926.

München, im Januar 1927.

Hans Sommer.